

کتاب عنایہ

شرح ہدایہ

جلد ثالث از کتاب البیوع

از کتاب المضاربہ من تصنیف مولانا محمد اکمل الدین ابن محدود

ابن احمد الحنفی بمقابلہ کتب متعدده

مولوی حافظ احمد کبیر و مولوی فتیہ علی زوسرا، محمد و

و مولوی نور الحق و مولوی محمد کاظم



باہتمام بابو منشی رام دھن سین

در بلده کلکتہ

بمطبع اید و کیشن در سنہ ۱۲۴۵ ہجری

مطابق سنہ ۱۸۳۰ عیسوی

بقالب طبع درآمد

فقط

۱۶/۱۲/۱۸۳۰

(فهرس العنايه شرح الهداية)

باب كفالة العبد وعنه	٣٠٩	كتاب البيوع	٢٠
كتاب الحوالة	٣١٢	باب من	٢٠
كتاب ادب القاضي	٣٢١	باب	٣٠
باب في الحبس	٣٣٥	باب	١
كتاب القاضي الى القاضي	٣٤١	باب	٦٣
فصل آخر	٣٤٨	باب اتيغ الفاسد	٨٨
باب التحكيم	٣٥١	باب احكامه	١٢٢
مسائل شتى من كتاب القضاء	٣٥١	باب ما يكره	١٣٤
فصل في القضاء بالمواريث	٣٧١	باب راقالة	١٣٩
فصل آخر	٣٨٤	باب المراهجة والتولية	١٤٥
كتاب الشهادات	٣٨٤	فصل من اشترى شيئا ما ينقل نقلا حسيا	١٥١
فصل وما يتحمله الشاهد	٣٨٥	باب الربوا	١٦٣
باب من تقبل شهادة	٣٨٥	باب الحقوق	١٨٥
باب الاختلاف في	٣٨٥	باب الاستحقاق	١٨٧
فصل في الشهادة على الارث	٤٢٢	فصل في بيع الفضولي	١٩١
كتاب الشهادة على الشهادة	٤٣٣	باب	٢٠١
باب في ساعد	٤٤٠	مس	٢٣٠
باب الرجوع	٤٤٢	كتاب الصرف	٢٣٩
الوكالة	٤٤٢	كتاب الكفالة	٢٥٧
باب في البيع والشراء	٤٤٥	فصل في الضمان	٢٩٧
باب الشراء	٤٤٥	باب كفالة الرجلين	٣٠٥

٦٠٨	باب اقرار المريض	٤٨٣	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
٦١٠	فصل ومن اقرب غلام	٤٨٧	فصل في البيع
٦١٢	كتاب الصلح	٤٩٨	فصل في وكالة الاثنين
٦١٤	فصل الصلح جائز عن دعوى	٥٠٠	باب الوكالة بالخصومة والقبض
٦٣١	باب التبرع بالصلح والتوكيل به	٥١٢	باب عمال الوكيل
٦٣٣	باب الصلح في الدين	٥١٨	كتاب الدعوى
٦٣٧	فصل في الدين المشترك	٥٢٤	باب
٦٤٣	فصل في التخرج	٥٣٤	فصل في فقه اليمين والاستحلاف
٦٤٦	كتاب المضاربة	٥٣٧	باب التحالف
٦٥٨	باب المضارب يضارب	٥٥٣	فصل من لا يكون خصما
٦٦٠	فصل واذا شرط المضارب	٥٥٦	باب من لا يكون خصما
٦٦١	فصل في العزل والقسمة	٥٧٣	فصل في تنازع بالايدي
٦٦٤	فصل في ما يفعله المضارب	٥٧٨	فصل في سوى النسب
٦٦٩	فصل آخر	٥٨٩	كتاب الاقرار
٦٧١	فصل في الاختلاف	٥٩٦	فصل
		٥٩٨	باب الاستثناء وما في معناه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع
لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقرق العباد شرع في بيان ما بقي منها *
وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للمالك * والبيع في اللغة مبادلة المال بالمال
وزيد عليه في الشرع فقبل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب *
وهو من الاصل واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شرده او اشتراه ويقال باعه الشيء بغير مبيع *
ولا شتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعه * وجوازه ثابت بالكتاب بقول الله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربوا * وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث الناس يتبايعون
فقررهم على ذلك والتقريب احد وجوه السنة * وبالاجماع فانه لم ينكره احد من المسلمين
وغيرهم * وبالمعتول وهو سبب شرعيته فان تعطل البقاء المقذور بتعاطيها يدل على ذلك
وقد بينا ذلك في التقرير * وركنه الاجاب والاسل او ما يدل على ذلك * وشرطه
من جهة العاقلين العقل والتمييز * ومن جهة المحل كونه متصرفا في نفسه والتسليم *
وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا * فذلك هو المبيع
في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ما كاله لان ذلك التصرف ليس شرعي
مطلقا النهي النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع ما لم يقبض هذا هو المتصور من شرعية البيع *

(كتاب البيوع)

ومد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب وملك المتعة
 في الجارية والخيارات بطريق الضمن * وأنواعه باعتبار المبيع المتشيع السلع بمثلها
 ويسمى مقايضة ويبيعها بالدين ويسمى مطلقا ويبيع الدين بالدين اعني المتبرع بالدين
 كبيع النقدين ويسمى صرفا ويبيع الدين بالدين العين ويسمى سلما * وباعتبار الثمن تذلك *
 المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضعة
 وسيأتي تفسيرها * **قوله** البيع ينعقد بالإيجاب والقبول الانعقاد بها تعلق كلام أحد العاقدين
 بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحال * والإيجاب الإثبات وسمي ما تقدم
 من كلام العاقدين إيجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول فإذا قبل يسمى كلامه قبولا و
 الاختلاف في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجابا والمأخر قبولا * وشرطه أن يكون الإيجاب
 والقبول بلنظيرين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والمجيب اشتريت لأن البيع إنشاء
 تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به * أما إن البيع إنشاء
 فلا إيجاب إثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة * وأما كونه شرعا فلا إن الكلام
 في البيع بمرغا * وأما إن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقى الأمور الشرعية
 لا يكون إلا منه والشرع قد استعمل الموضوع للأخبار لغة في الإنشاء فينعقد به هذا
 تنبيه كلام الشيخ رحمه * ولا بد من ضم شيء إلى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله
 بلنظير الماضي والإلا يتم الدليل وهو ظاهر * **قوله** ولا ينعقد بلنظيرين أحدهما لفظ المستقبل
وإنما لا ينعقد ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل
على تحقق وجوه أن الانعقاد متحققا عليه ولا يرى لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع
 كان عدل ربيع وإن كان من جانب المشتري كان مساومة * قيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما
 مستقبلا بدرنية الإيجاب في الحال * وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واستند ذلك إلى
 نخفة الفقهاء وشرح الطحاوي * ثم قيل في تعليقه لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال فصحت النية

(كتاب البيوع)

فصحت النية * وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز * وفيه بحث
لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع
انه * فان عاراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال
غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل * وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز
ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات
الاصلية والفعل المضارع عند الغنهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا يعتد به
لبا من الاثر والمعقول * لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل
وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المجهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة
لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر المعقول *
فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي * فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال
في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية *
قوله بخلاف النكاح يعني انه يعتقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال **الاجز**
زوجتك انعقد به وقد مر الترق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى
طرفي النكاح * **قوله** وقوله رضيت او اعطيتك هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ
بعث واشتريت بل كل ما دل على ذلك يعتقد به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال
رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا او رضيت او اعطيت
اي المبيع بذلك الثمن انعقد لا فائدة للمعنى المقصود وكذا ان اشتريت هذا منك
بكذا فقال خذ يعني بعث بذلك فخذ لان امره بالآخذ بالبدل لا بالثمن الا بالبيع
فقد ربيع اقتضاء * فصار كل ما يرد في معنى بعث واشتريت سراء في انعقاد البيع
به لان المعنى هو المعترف في هذه العقود وقيد به لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ
ولا يعتد بدونه كما في المفاوضة ان المبيعا جازع في تضيئه ولهذا اي ولكون المعنى

(كتاب البيوع)

هو المعتبر في هذه العقود ينقذ البيع بالتعاطي في التيسر والخسب لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينقذ بالتعاطي في الخسيس كالقبل وامثاله * ثم ان محمداً راح اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه * **قوله** واذا اوجب اذا قال **البائع** مثلاً بعتك هذا بكذا فلا خيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء ردوهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على احدى ما وانتفى التراضي فيما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف * واذا كان الجواب احدى ما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للواجب ان يرجع عن الجواب لخلوه عن ابطال حق الغير * فان قيل سلمنا ان الجواب احدى ما مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بالجواب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن ابطال حق الغير * فالجواب ان الاجاب اذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقته للبائع وحقق التملك للمشتري وان سلم ثبوته بالجواب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لامحالة * ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل التحول فان المزكي لا بد وعلى الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعلى الحق عملاً لا انتفاء ما هو اقوى منه * **قوله** وانما يستد الى آخر المجلس يجوز ان يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الاجاب عقب خلوه عن القبول اولاً لا يتوقف على ما وراء المجلس * وتقدير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسراً للمشتري وفي ابتائه فيما وراء المجلس عسراً للبائع وفي التوقف على مجلس يسرا بهما جميعاً والمجلس جامع للمشتريات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للبسر * فان قيل لم يكن الخلع والعنق على مال كذلك * فالجواب انهما اشتملا على البمين من جانب الزوج والمولى فكان

(كتاب البيوع)

والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الاجاب فيهما على ما وراء المجلس * **قوله** والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعثك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعث هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت ثم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر * لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلع تارة بالكتاب وتارة بالخطاب فكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه * **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا و اراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبول المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزول الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا بمجالبته * وهذا التعليل في الصورة الموضوعه صحيح * واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيدان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة * فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا * اجيب بان التدويري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف الاجاب لا قبول او رضى البائع قبولاً وقال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كما في الصورة المذكورة وفي التفسيرين باعها بعشرة لان الثمن يتقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة * فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداءً وانه لا يجوز كما سياتي * وان كانت الصفة متفرقة فله ذلك لانتهاء الضرر من البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صفقات معنى والصفة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * واعتد بحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء والاتحاد بعض هذه الاشياء منع بغض وتفرقتها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها * واذا اتحد الجميع اتحاد الصفقة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منك بمائة فقالا قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة * وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع وكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا اذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لاستحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجب على قول صاحبيه رح * **قوله** وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الاجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء ردوهواشارة الى ان رد الاجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعدل عمل الصريح * فان قبل الدلالة تعدل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجم على الدلالة * اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الاجاب والقبول ثم البيع وان لم يكن لواحد من العاقدين الخيار الا من عب او عدم رؤيته خلافا للشافعي رح فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضی صاحبه مالم يتفرقا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان

فان التفرق عرض فيقوم بالجوهرو هو الابدان * ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب
قبل قبول الموجب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مراد او يحتمل ان يكون مراد افيحمل عليه * والفرق بينهما
ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما
والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * **وقوله** والتفرق تفرق
الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهرة * ولنا ان يقول حمل التفرق على
ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق
اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفرق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى
وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ الْآيَةَ وَقَالَ لَأَتَفَرَّقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَالْمُرَادُ التَفَرُّقُ فِي الْإِعْتِقَادِ
وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَتَفَرَّقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً وَهَذَا أَيْضًا فِي الْإِعْتِقَادِ * وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك * على ان ذلك يصح على مذهب
ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى
من المجاز فيكون عنده * ولعل الاولى ان يقال جملة على التفرق بالابدان رد الى جهالة
اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المناذرة والملاسة وهو مقطوع
بفساده وهما معني قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * او نقول التفرق
يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك المنطقي وارجح جهة التفرق بالاقوال به اذ كرنا
من اداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة * وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صفقات معني والصفة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * واعتد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء والاتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها * واذا اتحد الجميع اتحاد الصفقة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منك بمائة فقالا قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة * وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا اتفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا اذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجب على قول صاحبيه رح * **قوله** وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الاجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الاجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعدل عمل الصريح * فان قيل الدلالة تعدل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجم على الدلالة * اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الاجاب والقبول ثم البيع وان لم يرد من العاقدين الخيار الا من عتب او عدم رؤية خلافا للشافعي رح فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضی صاحبه مالم يتفرقا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان

فان التفرق عرض فيقوم بالجوهرو هو الابدان * ولنا ان في النسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب
قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مراد او يحتمل ان يكون مراد فيحمل عليه * والفرق بينهما
ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما
والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * وقوله والتفرق تفرق
الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهرة * ولنا ان يقول حمل التفرق على
ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق
اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفريق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى
وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ الْآيَةَ وَقَالَ الْتَفَرَّقْ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ والمراد التفرق في الاعتقاد
وقال عليه الصلوة والسلام ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهذا ايضا في الاعتقاد * وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك * على ان ذلك يصح على مذهب
ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى
من المجاز لما عرفت عنده * ولعل الاولى ان يقال جملة على التفرق بالابدان رد الى جهالة
اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المناذرة والملاسة وهو مقطوع
بفساده وهذا معنى قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * او نقول التفرق
يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللطفي فيرجح جهة التفرق بالاقوال به اذ كرنا
من اداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة * وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع)

منقول من محمد بن الحسن ر ح * **قوله** والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع الاعواض المشار اليها ثمننا كانت او ثمننا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف الثاني للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التفاضل نا جزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي * وهذا انما يستقيم اذا ما لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربو * وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربو وهذا الباب ليس لبيان * **قوله** والايمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة الايمان المطلقة من الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر عشرة ونحوها * والصفة ككونه بخاريا او سمرقديا لان التسليم واجب بالعقد وكلما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع * **قوله** ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي ر ح المبيع ما يتعين في العقد * والثمن ما لا يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي ر ح في البيع وهو ثمن بالاتفاق * وقال ابو الفضل الكرمانى في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء * وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن * وقيل المبيع ما يحمله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحمله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طرفي اصحابنا في الابارة * والثمن ما يقبله وينقسم كل منهما اي الثمن والمبيع الى محض ومتروك * فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة التي اجل بدلا من عين فانها ائمان * وليس اشتراط الاجل لكونها ثمن بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها بدلا في الذمة * والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير * والمتروك بينهما

(كتاب البيوع)

بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها *
 ائمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما التقدان فهي مبيعة وان قابلهما عين وهي
 معينة فهي مبيعة وائمان ايضا لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما ولى بان يجعل مبيعا
 من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وئمانا * ولم تكن اعني المكيلات والموزونات غير معينة
 فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا *
 وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكرم بهذا العبد كانت مبيعة ولا يصح الا سلبا
 بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع * واقول الاعيان ثلثة * نقود اعنى الدراهم
 والدنانير * وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك * ومقدرات كالمكيلات والموزونات
 والعدديات المتقاربة * وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والتمن المحض *
 وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وئمانا والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه * **قوله**
ومؤجل البيع بالتمن الحال والمؤجل جائز لا إطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهه درعه لكن لا بد
ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسليم فريضا
يطالبه البائع في مدة فريضة والمشتري يؤخره الى بعيدها * **قوله** ومن اطلق التمن في البيع كان
 على غالب نقد البلد ومن اطلق التمن عن ذكر الصفة دون النقد كان قال اشتريت
 بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد فان كانت
 في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني
 اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها
 على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين رح من تصدى لذلك
 على ما ينبغي * فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالبية
 وفي الرواج او في المالبية دون الرواج او في الرواج دون المالبية او لا يكون في شيء منهما

(كتاب البيوع)

ل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا* فان كان الاول جاز البيع وانصرف
لحى الاروج* وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم
التسلم* وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحرياً للجواز* وان كان الرابع
فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم* واذا عرف هذا
نقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالمية كالذهب المصري والمغربي فان المصري
افضل في المالمية من المغربي اذا فرض استواءهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة
تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترفع الجهالة ببيان احدها فتح يجوز وقوله
او يكون احدها غلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحرياً للجواز اشارة الى القسم الاول
والي القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالمية ومع استواء
والبيع جائز فيهما وقوله هذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالمية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعادة للتشيل بقوله كالتثائي وهو ما يكون الاثنان منه
دابقا والتثائي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصري اليوم يسرقند فانه بمنزلة الناصري
بخاري والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا
وكل هذا مختلف في المالمية مع تساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيها اي
في المالمية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع
اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتأخرون من المشائخ ربح ويصرف اسم الدراهم
الى ما تدربه من المقدار كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين
لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالمية وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ ربح
فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالمية ومثاله وهو قوله كالتثائي بالشرط وهو قوله
فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالتثائي الى قوله
جاز* ولا يستقيم ان يجعل قوله كالتثائي الى آخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان

ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالة سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء * هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب * **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسأتي في الوكالة * وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعا كيف شئتم * لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث * ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا * **قوله** ويجوز بائنا بعينه انما باع الطعام او الحبوب بائنا بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تنضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل فيندر هلاك كل منهما اي من الاناء والحجر قبل التسليم * قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقي او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل * وليس بواردا لنا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا النزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد ان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعتقد عليه لكونه غير عين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية * وروي عن ابي يوسف رح ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكس بالكبس كالقصة ونحوها ما اذا كان مما ينكس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بائنا مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخرا والهلاك ليس بنادر قبله

(كتاب البيوع)

ليتحقق المنازعة ومن ابي حنيفة ربح في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بدكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان النقص عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة واظهر يعني من حيث الرواية * قوله ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدوهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس اولا * وان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان * وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة ربح وجملة القفزان كالاول عندهما *

لا يبي حنيفة ربح ان صرف اللئط الى الكل متعذرا لجهالة المبيع والتمن جهالة تقضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن اولا والتمن غير معلوم فيقع النزاع واذ تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان سماعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم * فان قيل سلمنا انعقاده فاسد الكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او بشرط الخيار اربعة ايام * اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل * ولهما ان هذه جهالة ازالتهما في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع * اما ان ازالتهما بايديهما فلانها ترفع بكيل كل منهما * وقيد بقوله بيد هما احتراز عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتهما اما بيمين البائع ان كان هو الرافق او بيد الغير ان كان الرافق غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتهما * واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على

(كتاب البيوع)

على ان المشتري بالخيار واجب لابي حنيفة رَح ان القياس فيه الفساد ايضا الا ان يجوزناه
استحسانا بالنص معناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا بدلالة النص
والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غير هذا الم يجوزه ابو حنيفة رَح فيما نحن فيه قياسا
واستحسانا ثم اذا جاز البيع في قبض واحد عند ابي حنيفة رَح كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
من تسمية جملة القفزان فكان راضيا به * وهذا صحيح اذا علمه ولم يسم واما اذا لم يعلم نها
فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لما ياتي فلا خيار له * وفيه بحث اما ولا فلان
تفريق الصفة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمسائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فهنا تفرقت الصفة ولم يوجد الخيار * واما ثانيا فان قياس قول
ابي حنيفة رَح ان لا يخبر المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى
قناعا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب
التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد وارد على الكل والمشتري يقبل البعض
وليس كذلك هنا على قول ابي حنيفة رَح * والجواب عن الاول انا لان سلم
تفريق الصفة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصا كما اشترى قناعا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن * وعن الثاني بان انصراف البيع الى قبض
واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفة
على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة رَح وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل
بيع فمن اين التفريق * والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة رَح تفريق الصفة

(كتاب البيوع)

لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد هما ايضا الكثرة ومائنه مانع شرعي عن الصرف الى الجميع
ولهذا الوعلم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة
صرف للعقد الى بعض ما دل عليه النظم من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفة
الا ذلك * بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب
في صدر هذا البحث عنه **قوله** وكذا اذا قيل في المجلس اوسى جميع فقراها يعني كان
للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليق بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تأتي بتقدير ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن
اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري
من مكان آخر وهل يوافق او لا فصاركما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات
والمعدودات المتقاربة * واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة رح
في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت
بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تنضي الى المازعة بخلاف المكيلات * وحكم المذروعات
اذا بيعت مذراعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما
واحد هما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم
او قال بعتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى نظاهرة واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمي
لكل ذراع درهما وبيان جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت
سما الخشب والاواني واما عند هما فهو جائز في الكل لما قلنا اي ان الجهالة بيدهما
از **النهي** **قوله** ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
لا يخلوا عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك

(كتاب البيوع)

فذاك وان كان الثاني خيرا لمشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ
لتفرق الصفقة الموجب لا انتفاء البيع بانتفاء الرضى وان كان الثالث فالزائد للبائع
لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين
لا يتناول غيره الا اذا كان وصفاً والقدر اى القدر الزائد على المقدار المعين
ليس بوصف فالبيع لا يتناول فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا
اذا قبض المشتري وكان كل من العاقلين مخيراً فيها ان شاء اباشراها وتركها
واذا كان المشتري مذروعا بان اشترى ثوباً على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا
على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل خيراً لمشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى
وبين تركه لان الذراع وصف في الثوب المبيع وكلما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء
من الثمن فالذراع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن * اما انه وصف فقد بينه بقوله الا ترى
انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن
فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم
لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اى فلكون الذراع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن
ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف التصل الاول * يعنى المكيل لان المقدار
ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا ياخذ بحصته وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله
ياخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذراع الذي سماه كان الزائد
للمشتري ولاخبار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصاركما
اذا باع عبداً على انه اعمى فاذا هو بصير * واعلم ان هذه المسئلة من اشكل
مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذراع في المذروعات وصفاً والاستدلال بقوله
الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء
طويل او مريض يقال شيء قليل او كثير ثم مشرة انقرة اكثر من تسع لا محالة فكيف

(كتاب البيوع)

جعل الذراع الزائد وصفادون القفيز* وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتقص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فهو اصل* وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل* وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني* والمكيل لا يتعيب بالنقص والمذروع يتعيب وعشرة اقتره اذا انتقص منها قفيزا التسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقتره واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا* واذا عرفت هذا عرف ان التلّة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار* فان قيل سلمنا ان الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يثبت لها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبداً او اعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكما لا اصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور* واجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا طعم البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخطئه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبهها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن **قوله** ولو قل بعثتها يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة الاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع

ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن
او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة
ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول
وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري
أخذ اكل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تأتي
للشرط كما عرف في موضعه * ونوتض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون
اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة
عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد * واجيب
بان الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز
ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة * ثم لوجعلنا
عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية
من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين *
وفيد نظرا ان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها
والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر
بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة
أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة
في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر
فيتخير او المألوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا لو اخذه بالاقبل لم يكن أخذا بالمشروط
وفيد بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع
اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد وارد على انواب عشرة وقد وجدت احدى عشر
او تسعة على ما يأتي * واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر

(كتاب البيوع)

الثلث امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة افقرة فاذا هي
احد عشرة فان الزيادة لا تدخل الا بصنفة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك
الصنفة * والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبعة مجهولة
جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك * وعن الثاني
بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول
نحرًا للجواز والقفيز الزائد ليس كذلك **قوله** ومن اشترى عشرة اذرع شري
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما
لا ينقسم فالبيع فاسد عندا بيحنيته رح وعندهما هو جائز واذا كان الدار مائة ذراع واشترى
عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة
اسهم من مائة سهم في كونها عشرًا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولا يبيحنيته رح
ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها و ارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازًا لما يحله
بطريق ذكر الحال و ارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي
يقتضي محلاً حسيًا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع
لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا ان الم يعلم ان العشرة
من اي جانب من الدار فيكون مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه
امر عتلي لا يقتضي محلاً حسيًا فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة
فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهمًا في جميع الدار على قدر
نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه
من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الدرعان كما اذا قال عشرة اذرع
من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار
من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافاً

خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان * واما اذا عرفت مساحتها
 فانه يجوز * جعل هذه المسئلة نظير ما ان باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان
 عدد جملة الشياه معلوماً فانه يجوز عنده **قوله** ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب
 عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى
 عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا
 زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان
 المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة * واما اذا نقص فلو جوب سقوط حصه الناقص منه
 من ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا وحيث لا يدري
 قيمته يبين حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك
 في فسادها واذا بين لكل ثوب ثمنه بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل التتصان
 بقدره لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء
 ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشائخنا
 من قال ان البيع فاسد عندا بيحنيقة رح في فصل التتصان ايضا لانه جمع بين الموجود
 والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد
 كما لو جمع بين حرو عبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنه فانه لا يجوز البيع عنده في القن
 خلافا لهما كذلك هذا * واستدل على ذلك بما ذكر محمد رح في الجامع الصغير رجل اشترى
 ثوبين على انهما هر ويا ن كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هر ويا والآخر مروى فالبيع
 فاسد في الهر ويا والمروى جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهر ويا *
 ووجه الاستدلال ان الفاتت في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة
 في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل لولى ان يفسد
 قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر في الباقي وفرق بين

(كتاب البيوع)

فصل

هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا تصدايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد * وهروي بفتح الراء * ومروي بسكونها منسوب الى هرات ومرو وقريتان بخراسان **قوله** ولو اشترى ثوباً واحداً اذا اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فراد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة رح اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد رح اخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجزي عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجزي عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة عشرة فنقص ذراع ولا يبي يوسف رح ان بافراد البديل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يبي حنيفة رح قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابل شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوماً وزال موجب كونه اصلاً فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجاناً * وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسرّويل والاقبية وامافي الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكمل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً عامنه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزاً منها فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين

فاعدنين * احد بهما ان كل ما هو متناول اسم البيع عرف ادخل في البيع وان لم يذكر صريحا * والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشري ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا اذ دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء جميعا في العرف لا يقال لانم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحدث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للنصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوتض بالحمل فانه متصل بالام للنصل ويدخل في بيع الام * والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشري ليس في وسعه فصل الحمل عن الام **قوله** ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمره للبايع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمرته لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمره للبايع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمره فقال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبايع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقه فيه اشارة الى ان الاعتبار لثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقه او موضوعا ويقال للبايع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي رح يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على

(كتاب البيوع)

فصل

على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد * والجواب
انا لانسلم ان المعتاد عدم التقطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم
قد يبيعون للتقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضاء
بذلك وهي اقامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا
قوله قلنا هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب
في صورة انتضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الابا جرو تسليم العوض تسليم المعوض الا يقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لمساأتي ولا فرق فيما اذا كان السرب حال له قيمة ولم يكن في كونه للبائع
في الصحيح وقيل اذا لم تكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه الصحيح
ان بيعه منفرد يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن
موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني السرا لا يدخل
في البيع وان لم تكن له قيمة * واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل
في البيع لانه مودع فيها كالمناخ وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر
في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراذه لا يصح فكان
تابعا ولو نبت ولم يصرف له قيمة قال ابو القاسم الصفا لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ وكان وصح بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تاوله المسافر والمناجل فمن جوزه لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه
جعله تابعا * مشغرا البعير شفته والجمع مشافر * والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل
قوله ولا يدخل الزرع والثمار علم ان اللفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول
بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها
ومرافقتها والثالث بعت بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقتها والرابع
بعت بكل قليل وكثير هوله فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقتها وفي الثاني والثالث لا

لا يدخل الزرع والثمران الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق
والشرب * والمرفاق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء * والزرع والشر ليسا
كذلك فلا يدخلان * وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ * هذا اذا كان في الارض
وعلى الشجرة واما اذا كان الثمر مجزوا والزرع محصور فهو بمنزلة المتاع لا يدخل
الا بالتصريح به **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون
قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدو صلاحها لا ينتاع بني آدم
او علف الدواب او لم يبدلانه مال متقوم اما لكونه منتعابا في الحال او في الزمان الثاني
فصار كبيع الجحش والمهر * وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده رح
ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو
صلاحه * ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك *
قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية * اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله
في باب العشر لوباع النمار في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر
على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في اول ما يطلع لما وجب العشر على المشتري *
واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز
بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق * والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه
بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله عليه الصلوة والسلام
اريت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى
بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها وبطريق السلم * واذا جاز البيع وجب على المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع اما اذا قال اشترته على اني اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط
لا يقضيه العقد لان مطلق البيع يقضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان

تركها على النخل شغل ملك الغير وان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعادة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجرا وبغيره والثاني اعادة والاو اجارة * وذلك منهى عنه وفيه تا مل لان ذلك انما يكون صفقة في صفقة ان لو جازت اعادة الاشجار واجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة * هذا اذا كانت الثمرة لم تنه في عظمها اما اذا تنهى عظمها فذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رح فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لانم ان التعامل جرى في اشراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان غير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها غير اذنه بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة من النبي الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب يعطيها الطعم وان اشترى بها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخل باستيجار النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطان اجارة النخل لعدم التعارف فان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستيجار الاشجار وعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا

معتبراً فيطيب له الفضل * فإن قيل لأنهم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن * اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل بطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبراً * بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والغاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمناً لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثاً وسبيله التصديق * ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهداً له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازها وينعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازها ويقول اجعل الموجود اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً لهذا شرط ان يكون الخارج اكثر **قوله** وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازها فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل الموجود اصلاً والحادث تبعاً اذا كان منه ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول **قوله** ولا يجوز ان يبيع

ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطلا معلومة لم يجز خلافا لما لك ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخل او ثمر مجزوز ذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجزوز فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لكون المستثنى معلوما كما اذا كان الثمر مجزوزا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة قال المصنف رح قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة * واجيب باننا لانم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو اداء الثمر فينضبي الى النزاع * سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلوا العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى * وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطلا معلومة * ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخفى اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد * اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لکن ليس ذلك بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة * واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء فيجوز البيع * واجيب بان هذا باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا * وفيه نظر لانها ليست بدفعية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز ان يرد به على

على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه وفي بيع اطراف الحيوان وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناءه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المقود عليه مقصودا معلوما فتشترك في القصد والعلم فما جاز ان يقع مقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس * وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه * واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناءه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالتياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تنضي الى المنازعة * قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معني * واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل * ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشرة لم يصح * قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول *

(كتاب البيوع)

فصل

والجواب اننا لانم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه
 جهالة الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى
 معرفة مقدار المبيع **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا المحبوب
 كالحنطة والباقلان والارز والسمن وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلان الا خضر
 وكذا الجوز واللوز والفستق في قشرة الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد * واستدل
 بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة
 بجنسه ولما روي ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ثمر النخل
 حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويا من العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم
 ما قبلها * وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان
 النهي يقتضى المشروعية كما عرف **قوله** ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور
 بما لا منفعة له * وتقريبه لانسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشرة حب منتفع به ومن اكل
 الغولية شهد بذلك * وان المحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروهُ فِي
 سُنْبُلِهِ وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومين ينتفع
 بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز بيعه بجنسه لا حتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه
 جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السنبل فان قيل ما الفرق
 بين مسئلتنا وبينما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيمان في كون المبيع
 مغلفا * اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سبلها ولا يقال
 هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر * اليه اشار ابو يوسف رح
قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو
 ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان
 موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في

في بيع العلق بلا تسمية لانه كالجزم منه اذا لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء * فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في نفعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار * فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى * والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة * والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك * والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل **قوله** واجرة الكيال وناقدا الثمن اذا باع المكيل مكيلة او الموزون موازنة او المعدود عددا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب * واما اجرة ناقدا الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد بن روح هي على البائع وهو الماذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما يتعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي صدر الشهيد رح واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قوله** ومن باع سلعة بيع السلعة معجلا ما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن والا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انتقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا من حضرتهما

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه * وان كان الثاني يقال لهما سلما معالا ستوائهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع *

* باب خيار الشرط *

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير لازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه يبع مقدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم * وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العدل به فظهرنا عمله في منع الحكم تقبلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس * وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار ايا ما او على اني بالخيار ابدا * وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فماد ونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا وشهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رح جائز عند ابي يوسف ومحمد رح * سواء كان لاحد العاقلين او لهما جميعا او شرطا احدهما الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة رح في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغيب في البياعات لما مومتا صابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا حلاقة ولى الخيار ثلاثة ايام والخلافة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو منفسد الا ان يجوز ناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه * فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عدتهم في من له الخيار فلنعد في مدته * فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

ليس كقليلها لان معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة فيرداد الغرور وهو مفسد * ولهما
حديث ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر
وكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة
والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رض * سلمنا انهما
سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر رض مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به
خيار الرؤية او العيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين * ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل
في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابيا في الرأس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت
كان اولى به اعدل على ان المقدر لنفي الزيادة * سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم *
والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما
تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة **قوله** الا انه اذا اجاز
يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها
واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة
بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لفررح فتأمل وزفر يقول ان هذا عقد
قد انعقد فاسدا او الفاسد لا يتقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم
بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر
وكم تزوج امرأة وتحتها اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة
ولا بي حنفية رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا رح اختلفوا في حكم هذا العقد
في الابتداء على قول ابي حنيفة رح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صحيحا
بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع * وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الأئمة السرخسي
الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى * وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دامها على الشرط فاذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا عينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره فمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعثك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المتقد ار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية * وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فلم يمكن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما فهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشترط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعثك هذا بشرط ان تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدا لها واولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بان لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل * واجيب بان النظر في اللاحق انما

انما هو الى المعنى المباط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير * فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه * اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رح الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزوا ابو حنيفة وابو يوسف رح وجوزوا محمد رح اما ابو حنيفة رح فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف رح احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف رح وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثار وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين * احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثار ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رضى وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه * والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف رح في الاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن عمر رضى وهو ما روي ان عبد الله بن عمر رضى باع ناقته له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر **قوله** وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وقد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقلين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالثمن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق والمبيع يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة ر ح لا يدخل ولا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمرضاة لا يكون الرضاء خلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المرضاة مع الخيار لان البيع يدير علة اسماء ومعنى الاحكام فندفع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينسخ بالهلاك والمنسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حاله لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كما لمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار * واما اذا هلك بعد ما فليز مد الثمن لا القيمة لبطان الخيار اذا كان تمام الرضاء * ولو هلك المبيع في يد البائع انسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار * قيل واما ذكر الصحيح معان الحكم في الناس كذلك حملا لآمال المسلمين على الصلاح * واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه * وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة ر ح فلانما لم يخرج الثمن من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك

ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع ولأن المعاوضة تقتضي المساواة * ونوقض بالمدبر فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدل لأن مجتمعين في ملك واحد * وأجيب بأن قوله حكماً للمعاوضة يدفع النقض فإن ضمان المدبر ضمان جنائية وليس كلاً منافيه * ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع * ونوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لصدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري * وأجيب بأن كلاً منافياً للتجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف وحكم الأوقاف قد تقدم * ورجح قول أبي حنيفة رح بأن شرعية الخيار نظر للمشتري لا لروى فيقف على المصلحة فلودخل في ملكه ربما كان عليه لاله بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض **قوله** فإن هلك في يده أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمريض فهو على خياره إذا زال في الأيام الثلاثة له ان يفسخ بعد الارتفاع وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري إذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن إذا كان للمشتري فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع إذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك إذا هلك والهالك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم وتم فيلزمه الثمن المسمى وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لاله فيهلك والبائع موقوف فيلزم القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره هو ان الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

صار الخمر له وان رد صارت الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما **قوله**
ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي
لان شرط الخيار يصح منهم جميعا * فاذا كان الخيار للبائع فلا جازة تحصل بثلاثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سندكرة فيكون العقد به نافذا
وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ * واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع
في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المفقود عليه وانقاصه
كما تقدم * واما الفسخ فتقديكون حقيقة وقد يكون حكما * والثاني هو ما يكون بالعلل
كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت
جارية فوطئها او قبلها * او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك
فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضورا لآخر
وعدمه لانه فسخ حكمي والشئ قد ثبت حكما وان كان يبطل تصدا * واما الاول
فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك
بحضرة الآخري بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة
ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحمه وهو قول الشافعي رحمه ان من له الخيار
مسلط على فسخ العقد من جهه صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كالا جازة وهو قيس من لا حد شرط شرطي العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضاء
وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا
لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعري
من المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه
فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا
واما اذا كان للمشتري فالبايع عساه يعتمد تمامه فلا يطلب لسعته مشتريا وقد يكون المدة ايام

ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشرط الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالتزام * ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كما لتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالتزام على العلم لا على الرضاء وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا التزام فيها * وعورض بان ما ذكرتم من التزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينبغي وهو انه لو لم يتفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى * واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة النسيئة واعلم ان مدارد ليلهما التزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً فلا يرد ما قيل الطلاق والعقاق والعنوع عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل التزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كما سقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج يتفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها التزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة التزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه التزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضرراً ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه التزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه * اولاً لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضرراً ما اقدم عليه * اولاً لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامتعة للمعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه التزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقلين بلا علم وفيه التزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا التزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

وأن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة * أولكونه بايجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر
المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضي
به من جانب الآخر فلا يلزم الا بعلمه **قوله** ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى
ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لارباب
البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد **قوله** واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات
من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ونزمت البيوع بخلاف ما اذا مات
من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع * وقال الشافعي رح اذا مات من له الخيار انتقل الخيار
الى وارثه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع
بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء * ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لأنه
ليس الامشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال
لأنه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لامعارض له من المقول
فيكون معمولاً به * لا يقال قال عليه الصلوة والسلام من ترك ما لا او حقا فلورثته والخيار
حق فيكون لورثته لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مروا الخيار
ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار
كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك
بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس
من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية
مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه * والصواب
ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك
فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل
من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت

ثبت للوارث كما ثبت للمورث ابتداءً لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سِيَان الا ان المورث
 متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار
 ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم
 فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا
 يدل على انتفائه * ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقده
 او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع **قوله** بخلاف
 خيار العيب جواب عما قاس عليه * وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث
 استحق المبيع سليماً فكذا الوارث فكان ذلك نقلاً في الاعيان دون الخيار * وذلك
 لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال
 مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله
 وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء *
 بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين
 لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين
 كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار * الا ترى
 ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت
قوله ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فقد يركلامه ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره
 جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف
 واشترط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد
 صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان
 من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقده كاشتراط الثمن على غير المشتري
 او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره * لكن العلماء الثلاثة استحسنا جوازه

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار فيه للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد
فصار كالاختياج الى نفس الخيار * وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد
اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصاله فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه
في التصرف تصحيحاً له بقدر الامكان * وفيه بحث من وجهين * اُحدهما ان شرط
الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضى الا ترى ان من قال لعبد له حنث
في يمينه كثر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لان التحرير اقوى
من تصرف التكفير لكونه اصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف
يثبت الخيار له اقتضاء * والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز
اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولاً ثم
على الغير كفالة عنه كذلك * واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود
باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظراً الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك
لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيته لفرعه * واما التحرير فانه الاصل في وجوب
الكفالة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه * وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل
في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت
المقتضى لتصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى
وعاد على موضوعه بالنقض * فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين *
فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعاً لفرعه
وهو المحال عليه * واذ ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جازوا بهما نقض انتقض ولو اختلف
فعلهما في الاجازة والنقض يعتبر السابق لعدم ما يزا حمله ولو خرج الكلامان معا
اختلفت الرواية * ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخاً كان واجازة *
وفي رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه

وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والا قوى يقدم على غيره * وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المذوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه * واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقتها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احد هما لا بعينه * واجيب بان الترجيح محتاج اليه عندتنا في الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا احدى اطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه * ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك * ونقض بما اذا اتى من له الخيار غيره فتناقص البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ * واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف * لا يقال الفسخ او الاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار * لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك **قوله** واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع * ووجه استخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف رح من هذه المسئلة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

انه لم يرجح تصرف المالك كما رجع محمد ر ح فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر ان
ذلك في مسألة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت
الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكته والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ في نفسه
لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ
لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به
كذا في النهاية * وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكته
هناك لا يستلزم رجحان الفسخ ههنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ
على الاجازة لا على وجه الاستخراج * ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل
من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجح تصرف العاقد من محمد ر ح كترجح تصرف الموكل منه وترك
ترجح تصرف المالك من ابي يوسف ر ح واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال
المصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا **قوله**
ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه
الخيار فاما ان لا يحصل او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان
الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع
والثمن وجهالة احدهما ففسدة فجها لهما اولي وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج
عن العقد ان العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير
معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله * وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمس مائة على انه
بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي
فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد
قبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد

مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان د اخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم
فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه
مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حروقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلاً فلم يكن
د اخلاً في العقد ولا في الحكم وتقال ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً
والجواب انه ليس فيه نفع لا حد العاقد بين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً وانه لمظنة
فضل تأمل منك فاحظ * وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد بخمس مائة
على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن
فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر يفسد في القن اذا جمع بينهما وبين المدبر
او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع
بالحصّة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد
فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلموانع في حق الآخر انعقد في حقه بالحصّة
ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم
ولهذا الوقضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم
عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصّة **قوله** ومن اشترى ثوبين
على ان يأخذا بهما شاء ومن قال اشتريت احدهما من الثوبين على ان لي ان آخذا بهما
شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام فالبيع جائز استحساناً وكذا الاثواب الثلاثة واما اذا كانت
الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساداً في الاربعة
لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها
وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رح * وجه الاستحسان انه في معنى
ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقه وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة
الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته واختبار من يشتريه لاجله كما مرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نم ان الجهالة تنضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تنضي الى المنازعة * فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة واكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتهى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علة * واعلم ان محمد ارح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المازون وقال هو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك * وعلى ذلك اختلف المشائخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فمادونها عند اي حيفه ربح وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي * وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لاشراطها واختيار فخر الاسلام ربح * حجة الاولين ان جوازه بطريق الاحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه * وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الاحاق * وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلثة * واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه عند اي حيفه ربح وعندهما مدة معلومة اية مدة كانت وهذا لان الحال لا ينح اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين اولا فان لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند اي حيفه ربح وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به * فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند ابيوسف ربح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما * اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق

يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثرا لو ارد فيه و ارد فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس
 خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثرا لو ارد في خيار الشرط
 و ارد فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمانه و تعين الاخر للامانة حتى
 اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء * وهذا لان المبيع
 المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يكن معيبا وهو في دعواه ذلك متهم
 فكان التعيب اختيارا دلالة * فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من القبض
 على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك * اجيب بانه اقل من ذلك لان
 المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض
 الاخر لشرطه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة
 فيما اذا طلق الرجل احدي امرأتيه او اعتق احد عبديه فماتت احدهما فان الباقية
 تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك
 خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج
 عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معالزمه نصف ثمن كل واحد منهما
 لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشايع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط
 فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقت على الايام فله ان يردهما جميعا بخيار الشرط
 في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار
 لنفسه فيتمكن من رده * واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له
 خيار التعيين فيرد احدهما * وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه
 وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام
 الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان
 خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلا ختلاط ملكه بملك غيره

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

فإن قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا * قالوا واليه اشار محمد ر ح في الماذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط * وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف التماس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذا المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد ر ح لافي بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير * وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين * وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى ثوبين * وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما **قوله** ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيعت دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضى يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختياره الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج الى ما ذهب اليه من ضعفه ر ح خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عند هذا فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر

ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يرددها * قال شمس الائمة اما وجوب
الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالک للدار المبيعة واما عند البيخينة رح
فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة به كما دون المستغرق
بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجانب دار هما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقة
دارهما * بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصرا حق بالتصرف فيها * ولو اشترى
دار لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط
بدون الرؤية فكذا بد لانه وسياً تي **قوله** واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان
عبد اعلى انهما بالخيار فيه ثلثة ايام فرضي احد هما دون الآخر فليس للآخر ان يرده
عند بي حنيفة رح وقال له ان يرده وكذا لو اشترياه ورضي احد هما بعيب فيه وكذا
لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه * لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما
هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لانه من ابطال حقه وفيه نظراً لانا لم
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين ثبت الوكالة
لهما وليس لاحد هما ان يتصرف دون الآخر * وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متسكناً
من الانتفاع متى شاء وبعده اذا ارد البعض لا يتمكن الا مهياًة والخيار يثبت نظراً لمن
هوله على وجه لا يلحق منه الضرر وبغيره * وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرراً
للراد ايضاً لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول
فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وافجع من الحاصل من نفسه فان قيل يبعه منهما رضى
منه بعيب التبعض اجيب بانه ان سلم فهو رضى به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل
حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل
بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله
قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريرة ان اثبات الخيار لهما ليس
عين الرضاء بردا أحدهما وهو ظاهر ولا الرضاء بردا أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار
لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضاء
بردا أحدهما **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه
خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكاتب ما يسمى به الفاعل
خبازا او كاتباً فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذ لم يمتنع الرد بسبب
من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية
يقوم العبد كاتبا وخبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط
لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب او خباز
فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك * اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب
فيه وهو وظ وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه
لا يوجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى
صفة المثلن او المثلن كان ملائماً للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل
في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها
تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه اجيب بان ذلك ليس
بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وبضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا *
ولهذا الوشرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه
ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل * بخلاف ما نحن فيه فان
له ان يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير
كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته * واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

لأن المشتري ماضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فاذا هي حمل * فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف أن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعا إلى الجنس كما إذا باع عبدا فاذا هي جارية فيفسد به العقد * وإن كان مما لا يوجبها كان راجعا إلى النوع كما ذكرنا من المثل فلا يفسده لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة وأما الخدعة بجميع الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلهما شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه إذا كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القنطاري من اشترى شيئا لم يره فالبائع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذي في كسي هذا وصفته كذا * أو الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة * أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار إذا رآه وعند الشافعي رح لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة * قال صاحب الاسرار وهو جائز لأن كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا بالإجماع وقال الشافعي رح المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فإن قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بميراثي للمشتري لا جماعا على أن المشتري إذا كان رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

عن بيع ماليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ماليس عندك * وقد اجمعنا على انه لو باع حين امرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجوز ذلك دليل واضح على ان المراد به ماليس في ملكه * والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تنفي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافق بده ولا نزاع ثمة مقتضي خياره وانما افضت اليها لولتنا بالزام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تنفي الى النزاع * وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد * واجيب بان المعارضة سابقة لان السلم انه لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك **قوله** وكذا اذا قال تفريع على مسألة التدوير يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط * ولانه لو لم يلزم بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادعى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سوال تقريره لولم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتقبل وكان معلقا بها فلا يوجد قبلها * وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما فجاز فسخه لو هاء فيه لا يبرى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضاء فانه

فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدى الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضاء بالشئ جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء بالرضاء والرضاء بالشئ لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضاء استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور * واما الفسخ فانما هو لعدم الرضاء وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات * لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور * لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدله من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح * ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لاروايه فيه * ولكن المشائخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة * وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف **رح قوله** ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول اولاه الخيار باعتبار الخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا * لكن العقد لا يفسخ برذال الثمن وينفسخ برذال المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا اي من جهة البيع وثبوته من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقايق لا يحصل بالعباره فلم يكن البائع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ * وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دوننه كما تقدم * فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضاء فيلحق به دلالة * اجيب بانهما ليسا سايان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرد لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرد باعتبار ان المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبد ابشر ط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به * قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر
وهنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع * واجيب بانه ثابت
بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس * سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع
باطل * وتحكيم جبير بن مطعم عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة عرض ولم ينكره احد
فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رح
حين بلغه الحديث **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ
بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار معلق بالاطلاع على حال المبيع
فاشبه الرد بالعيب * والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه يثبت حكما لانعدام الرضاء
فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضاء ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل
خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه * والضابطة في ذلك ان المشتري بالخيار
اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار
والالبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع
بفعل ما يمتحن به اول مرة فاتفقت فائدة الخيار * ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به
او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية
كان دليل الاختيار * فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة
لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلوا استخدمها مرة ثانية
في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها للحصول الامتحان
بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطئ قد لا يعلم
بالنظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختياره قبل يشكل على هذا الكلي مسئلتان *
احد لهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها ارفاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط * والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان * اجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضاء بالطريق الاول لانه دونه * ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع * والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين * ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعد ها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها * فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتديرا والذي يوجب حقا للغير كالمبيع المطلق عن خيار الشرط والمبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا ان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة اورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحيث من وجهين * احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي روينا * والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضاء او دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطله واجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضاء لا ترتب على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وهذا الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللزم محال * واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالمبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضاء أي لا يزيد عليه وصريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعني إذا لم تكن من ضرورات الغير ويبطله بعد الرؤية لوجود الدلالة مع عدم المانع **قوله** ومن نظر إلى وجه الصبرة أعلم أن المبيع إما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتاً أو لا فذلك أقسام ثلاثة فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتها وذلك في العبد لا يجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واتعافى غير المالك لأن الفسخ رفع العقد من الأصل فصارك أنه لم يكن فكان النظر وقع حراماً وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطمى فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد * وإن كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت بين أحاده * وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف فيكتفي برؤية واحد منها لأن رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها فعلياً هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكمل يعرض بالنموذج والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعرف البقية إلا أن يكون في طية ما يكون مقصوداً كموضع العلم وإذا نظر إلى وجه الأدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود في العبد والأمة وسائر الأعضاء تبع له * ألا يرى إلى أنه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع تساوي في سائر الأعضاء * وإذا نظر إلى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب وهذا هو المروي عن

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

من ابيوسف رح و شرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكمل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فراها في احدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد الكل لئلا يتفرق الصفقة * واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او المقنية اى الدّر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعروف للمقصود **قوله** ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وح سقط شرط رؤية الكل فاقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلم مقصودا كما في سمرقند * وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اى التدويرى على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيقة والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جذرائها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالمية الدور بقله مرافقها وكثرتها والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر **قوله** ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك * وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه * وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه * اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعب علمه الوكيل او لم يعلم * وقال النقيه ابو جعفر

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

اذا كان عييا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب * واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يردّه عند ائحنيقة رح وقال لا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظرة فهماء سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يردّه * ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف في ما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيله بقبضه فقبض الوكيل معيارا ثانيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل * وكمن اشترى بخيار الشرط فوكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل * وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصد الا يسقط خيار الموكل * ودليل ابي حنيفة رح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يرآه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور **قوله** وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها يتناهيها في اللزوم بحيث لا يرد الابراء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك * واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه * فان قيل لانسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصد ان لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لامحالة * اجاب المصنف رح بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار * وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصد اوضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل
وكم من شيء يثبت ضمننا ولا يثبت قصدا * والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يثم
لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما
فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضاء او قضاء وما لم يمنع
تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا
للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع وما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة * ومن
موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الغائت وذلك للموكل ولم يصدر
التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه
على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيله بقبضه
بعد مآرآه فهو على هذا الخلاف * ولو سلم بقاء الخيار فاموكل لا يملك القبض التام لان تمامه
بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار
وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذلك وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص
فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل
فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبايغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض
والتسليم **قوله** ويبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار
وقال الشافعي رح ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب * وان كان اكمه فلا يجوز بيعه
ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان
من غير تكبير * وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامويه لغيره فاذا احتاج
الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء الماكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح
ما لا يخفى **قوله** لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالجديث وقد قررناه
من قبل * وفيه نظر لان قوله صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو يقتضي تصورا لا ايجاب

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

وهو انما يكون في البصير * والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس
العميان من غير تكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع * ويستط خياره بمباشرة
ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسده فخياره يستط بجسده * وان كان
مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذونات * واما اذا كان شجرا او ثمر اعلى شجرا او عقارا
فان خياره لا يستط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كذا في السلم وقال
بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا با شر سبب العلم او وصف له او وصف ومس
وقال رضيت سقط الخيار * وروي عن ابي يوسف رح انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف
بصيرا لراة وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير
الشفين واجراء الموصى في حق الاخرس والاصلع والطلاق الرواية يدل على انه
يقول بذلك من غير اشتراط الوصف * قال محمد رح في الجامع الصغير قال ابو يوسف رح
في الاعمى اشترى الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده * وان كان في مكان
لو كان بصيرا لراة ثم قال قد رضيت لم يكن له ان يرده * وقال الفقيه قال بعضهم يوقف
في مكان لو كان بصيرا لراة ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقوال قال وبه نأخذ
وقال الحسن يوكل وكى لا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل
بالقبص كروية الموكل كما تقدم ولو ووصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد
قد تم وسقط الخيار فلا يعود * ولو اشترى بصيرا ثم عمى انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل
للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد
وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية * **قوله** ومن رأى احد الثوبين فاشترى اهما قد تقدم
ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد
من رؤية كل واحد منها وعلى هذا الوراى احد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر فله الخيار
لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يرد هما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا

لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولا كونها غير تامة
 يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات
 المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم
 عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضي رد هما جميعا ان شاء وقوله
 صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره
 وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجهز واجيب بان موجب النهي مطرد
 في جميع صورة وموجب المجهز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق
 احد العبدین او دبره والمطرد راجح * وبانه محرم والمحرم راجح على المبيع * اولانه
 متاخر عن المبيع لئلا يلزم تكرار النسخ * وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد
 احد الثوبين لا يكون رد الا انه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك
 المردود على الحالة الاولى * قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيدت بما قبل التمام
 فيكون متروك الظ ومثله مرجوح * والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد
 بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك
 المشتري القبول في احدهما لافيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس
 بضم الردى الى الجيد ترويجاله بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق
 الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما
 لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه
 رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل
 الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب
 بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ود الباقي كما في
 خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته **قوله** ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة اذ رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فيبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة وثبت احداً المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار ح لعدم الرضاء به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضاء به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معللة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكرو متمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المنسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض **قوله** الا اذا بعدت المدة على ما قالوا أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه ح يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال رأيت لو كانت

كانت جارية شابة رأها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغيرا كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين **قوله** ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جبل من الهند ينسب اليه الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيد ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او هبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او هبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصنفه قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما صروا ما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رده المشتري الثاني بالعيب بالتضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد بكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصنفه كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رح ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان المساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القنوري رح

* باب خيار العيب *

آخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واصله الخيار الى العيب من قبيل اضاعة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء

رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عن عبد بن خالد بن هودة عبد او كتب في عهده
 هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من عبد بن خالد بن هودة عبد الاداء
 ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رح
 المرض في الجوف والكبد والريّة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون
 في الجوف والكبد والريّة * وفيما روي عن ابي يوسف رح انه قال الداء المرض *
 والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة * والخبثة هي الاستحقاق *
 وقيل هي الجنون * وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب
 ووصف السلامة يغوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضاء داخل في حقيقة البيع
 وعند فواته ينتفى الرضاء فيتضرر بالزوم ما لا يرضى به فان قيل فقد يركلامه على الوجه
 المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له
 واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم
 ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد وائس له ان يمسكه وياخذ النقصان لان الفات وصف اذا العيب
 اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغييره من حيث الظاهر كالعمي والعور
 والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون
 بما يوجب النقصان معني لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى
 والدفرو البخرو في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
 لان للثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لاسبيل
 الى الاول والثاني له لا يودي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث **قوله** في مجرد العقد
 احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله
 دليل آخر على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان او قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض

بزوال المبيع عن ملكه بائناً من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاكل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاماً على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيباً فاذا هو سليم فالبايع يتضرر لما ان الظاهر انه تنقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رسته طول زمان فانزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه * واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلما ائتمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار * ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدي الحالين رضي بالعيب دلالة **قوله** وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة * وذكر المصريح ضابطة كلية تعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قوله** والابق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاة ماديون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه فيه سواء فلو ابققت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابققت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب * واذا بال في الفراش وهو مميزاً كل ويشرب وحده فذلك * واذا سرق درهما من مولاة او من غيره فذلك لا خلالة بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده

في سرقة مال غيره فيكون عيباً بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للأكل
فإن سرقتها من مولاة ليست بعيب * فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع
والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به * واذا وجدت عندهما في كبره فكذلك *
واما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب
هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب **قوله** والجنون في الصغير عيب
ابداً معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان
السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوماً وساعة
ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به * وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست
بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناءً
على ان آثارة ترتفع وذلك يتبين في حماليق عينيه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث
لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد لزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة
وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير **قوله** الذفر والبخر عيب في الجارية
الذفر رائحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت
او كريهة ومنه مسك اذ فروا بطذراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية
وهكذا في الرواية والبحرنتن رائحة الغم كل منهما عيب في الجارية للاخلال
بما عسى يكون مقصود او هو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل
بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشاً لا يكون في الناس مثله لانه يحسب من داء
والداء نفسه يكون عيباً والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول مخل
بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعبر بامه اذا كانت ولداً الزنا وليس بمخل في المقصود
من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشائخ رح فانه يصير عادة
فيحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الجارية والغلام

والغلام لان طبع المسلم يتغير من صحبته والنقرة عن الصحبة تودي الى فلذة الرغبة وهي توثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه من كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فتختل الرغبة * فان اشتراه علي انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه علي انه كافر فوجده مسلما لا يردده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم * فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه علي انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة * وقال الشافعي رحمه الله فانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج * والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وحده على المشتري بعد ثلثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد رحمه الله او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رحمه الله انهما لم تحض لحبل بها اولداء كان ذلك عيبا ترد به * والمراجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة * وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول العدلين * وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم * وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الا صغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة للداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في آوانه والمعادة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك داء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامم فان

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط * وعن ابي يوسف رح انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن **قوله** واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بأفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشرة وثمان او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرار بالبائع لان خروج المبيع عن ملكه سليما عن العيب الحادث وعوده اليه معيبا به اضرار ولا ضرر ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضاء استقاط الحق كما ان للمشتري ان يأخذه بعيبه القديم * فان قيل اين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه من اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ان يرجع جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرر بئد ليس العيب * لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا للفعل باشرة وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن لعجزه بما باشرة فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البائع انا قبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به

به فكان اسقاط الحق * فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بغير انحره
فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند اميخيفة رح *
واجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع
يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم
بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضاء
البائع فاذا اشترى يصير بالمبيع حابساً للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ اذاك لا مكان
رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر اولت السويق
بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان
الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك *
اما الاول فلا نه لا تنفك عنه * واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد
الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع
ان يقول انا آخذة فتعين الرجوع بالعيب مدفعاً للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة
المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة
ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ
والخياطة * واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع
او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والسمن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية
وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر
يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ
العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق
بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا
كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيطا والثوب
المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان
الرد كان ممتعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع
قبل الخياطة كان حابسا * والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك
المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب *
وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فاذا اخرجه عن ملكه
رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لبا سأل ولده الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التملك حصل قبل الخياطة لانه
لما قطعه لبا سأل له كان واهباله وقابضالا جله فتم الهبة بنفس الابواب وقامت يده مقام يد الصغير
فالتقط عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا ابتلته كذلك
اكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تملك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب *
وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة
ليس بمحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبير ارجع بنقصان
العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع
حقا للشرع بسبب الزيادة في التملك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد
قبله * وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ والت **قوله** ومن اشترى عبدا فاعنته
اشترى عبدا فاعنته او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك
ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله
وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر * فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل
على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر

احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع لا بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه ح يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد صار حابسا حكما فكان في يده بحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت **قوله** وهذا اي جواز الرجوع بتنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باقٍ والرد متعذر فصار حابسا لا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك * والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وهما الملك متقرر فلا حاجة اليه * وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس باصل بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به فان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بتنقصان العيب في ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رح انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد رح معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دينوي يعتد به بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

اي مهطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار
 كما لمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعناق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا
 لعدم نفوذه ومن احذ الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستعضا
 فيمنع الرجوع * واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عندا بحنيقة
 استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشراة ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعناق *
 ولابي حنيقة رجح ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك
 لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك
 بمنزلة عوض سلم له * والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصود الان البيع مما يقصد
 بالشراة ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق * وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب
 عند ابي حنيقة رجح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض * وعن ابي يوسف
 ومحمد رجح روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء
 واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض
 اولى * وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه
 ويرجع بنقصان العيب فيما اكله * وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدهما لا يرجع بشيء
 كما هو قول ابي حنيقة رجح وهو المذكور ههنا لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض فيه
 كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب
 فيما باع اعتبار البعض بالكل **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا
 من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتئا او مرا او خاويا بحيث
 لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن
 كله لانه تبين بالكسره انه ليس بمال اذا مال ما ينتفع به اما في الحال او في المال والمذكور ليس
 كذلك وتفتن من القيود باضدادها فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا اصلح لاكل

لاكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وإن تناول منه شيئاً بعد مذاقه صار راضياً * وإذا لم يكن ما لا لا يكون محلاً للبيع فيكون باطلاً فإن قيل التعليل صحيح في البعض لأن قشرة لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشرة قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحاً في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشائخنا أجاب المصريح بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقه باطلاً فيرد القشر ويرجع بكل الثمن * وعلى هذا أن كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذبذبة ذكر بعض المشائخ أنه يرجع بنقصان العيب * وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفلاً للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرد له لأن الكسر وان كان عيباً حادثاً لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالاجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرًا ولو وجد البعض فاسداً فالفاسد أما أن يكون قليلاً كاثنتين في المائة أو كثيراً كما فوقه ففي الأول جاز البيع استحساناً وليس له أن يخاصم البائع لاجله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والرقن **قوله** ومن باع عبداً فباعه المشتري من باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما أن قبل بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي فإن كان الأول فاما أن يكون باقراً ومعنى القضاء في هذه الصورة أن الحضمت

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فأنبت الخصم بالبينة وانما احتج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وح لئلا يرد له ان يرد على بائعه لانه اقاله واما ان يكون بينه وبينه اقرارا فمبين وفي كل ذلك له ان يرد على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر رح عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقران البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله هذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فردة على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرد الآخر * وان كان الثاني فليس له ان يرد لانه اقاله وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض * اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية * وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالا صبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرد على بائعه لليقين بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقاله تعهدا لتراخي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا

فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه **قوله** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع * واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار ايمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار والنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا باوجه * بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديرة وسقيتها ماء باردا * وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يدرج تحته الغائتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه * وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية * والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم **قوله** لانه انكروا وجوب دفع الثمن لتعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بدح من حجة وهي اما بينته او يمين البائع * فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث * فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى مدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكر او قوله ولانه لو قضى بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه

(كتاب البيوع - باب خيار العيب *)

المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق * وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوم ما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه من القبض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء **قوله** فان قال المشتري شهودي بالشام اذا اطلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرره ايضا اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرره لانه على حجة يعني هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين * الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجة بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه * والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر دونه * والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان * وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره * واذا اطلب المشتري يمين البائع فنكل الزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب * قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى ابا فادعى المشتري ابا فادعى العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او البراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اخلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستخلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به

به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالحجة وفيه بحث
من وجهين * احدهما ان البينة انما تقبل عن المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس
بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع * والثاني ان سلامة الذمم عن الدين
اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق
بين مانحن فيه وبين ما اذا ادعى على الآخر دينا وانكر المدعي عليه ذلك فان القاضي
يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول
بان اقامة هذه البينة من تمت اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه
من تلك الابهذه وكانت من المدعي بهذا الاعتبار * وعن الثاني بان قيام الدين في الحال
لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوصل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة
او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف مانحن فيه لان توصل المشتري
الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثارة
وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل * واذا ظهر
هذا فاقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق
عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه
بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف
بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ويجوز ان يحدث العيب بعد البيع
قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجودة
في احدهما يكون بارا لان الكل ينتقي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري * وانما قال يوهم
تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

لما ذكر لان شمس الاثمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري
 ينعدم اذا استخلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح هندي الاول
 لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكران باراً في يمينه اذا لم يكن العيب منتقياً
 في الحالين جميعاً * وعلى هذا فلقا تل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما
 لا يحلفه بالله لقد باعد وسلمه وما به هذا العيب وعلمه بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيناً وله *
 وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحاً كان التحليف
 به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم
 فان قيل الا باق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
 فالجواب ان الاستخلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما
 التزمه * وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف
 انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علماً بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم
 بذلك فان لم يجد المشتري بينه على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما نعلم
 انه ابق عندها لمشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشائخ على
 قول ابي حنيفة رح وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل
 لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البيئة وكل ما يترتب
 عليها البيئة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولا يبي حنيفة رح على قول من يقول لا تحليف
 على مذهبه ان الحلف مترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم
 ولا يصير المدعى وهو المشتري ههنا خصماً الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز
 عنها * ولانهم ان كل ما يترتب عليها البيئة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة
 يترتب عليها البيئة دون التحليف والبيئة لا تستلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل قد
 تقوم على ما لا دعوى فيه اصلاً كما في الحدود بخلاف التحليف * والفرق ان التحليف شرع

شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقية الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد
 اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لا ثبات كونه خصما
 فلا تستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يخلف ثاني الثرد على البتات على
 ما تقدم قال المصريح ان كان الدعوى في اباق الكبير يخلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
 لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر
 في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر
 ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة
 فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به **قوله** ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى
 جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تقيص الثمن
 على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتهما واحدها فالقول
 قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف
 بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه
 عضبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
 وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين
 ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري
 لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان
 كون المبيع شيئين اماراة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق
 لقبضهما **قوله** ومن اشترى عبدتين صفقة واحدة رجل قال لا خير بعنك هذين العبدتين
 بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المبيع
 خاصة بل ياخذهما او يدهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري
 بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تتم بقبضه الصفقة بقبض بعنه

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

لا تتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو
لا يجوز لما ذكرناه يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب
بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شبهة
بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك
الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض
كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا
قوله ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح
الجامع الصغير اختلف المشائخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء
فانه قال ويروى عن ابي يوسف ر ح انه يردده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض
فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع
وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه
بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يردده خاصة
وقال زفر ر ح لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر
اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه
خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا نقدت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف
خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة
لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضاء
من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت
الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليس منه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان
كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق
قبل التمام وانه لا يجوز * قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدین اما

اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يرد هما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المبيع خاصة **قوله** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق اجد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الاخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد الثام **قوله** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشائخ * وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبد بين يجوز رد المبيع خاصة لانه يرد على الوجد الذي خرج من ضمان البائع * وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما * اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككرو وفتيز ونحوهما * واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة با نفراد هالست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعلت رؤية بعضها كروية كلها كما لثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الاراد الكل او امساكه لان رد الجزء المبيع فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المبيع خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين من ابي حنيفة رخص ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزة ليرده لان تمييز المبيع من غير المبيع يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

فلم يبق الا رد الكل او امساكه **قوله** والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال * تقريرة
انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق
لم يكن راضيا * وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء
المالك لان العقد حق العاقد فتأمله يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا
قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترا باقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد
يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك وهذا امي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان
بعد القبض وما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفة قبل التمام وهذا يرشدك
الى ان تمام الصفة يحتاج الى رضاء العاقد وقبض المبيع وانتفاء احد هما يوجب عدم
تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار
في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في مالته والانتفاع به * فان قيل
حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص رح
بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث
ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما
حيث لا يضر وتنبه بكلام المص رح تجد حكم العيب والاستحقاق سنيين قبل القبض
في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهرا اما الاستحقاق فلقوله
اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفة قبل التمام وتجد حكمهما
بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدن ولهذا الواستحق احد هما
ليس له ان يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله او اخذه ومراة بعد القبض ثم قال
ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قر حامدا او افة
المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضي بالمعيب لان ذلك
دليل قصده الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقبضه وهو قيام العيب

شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة
 يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب
 لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لما حثته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار
بالركوب فلا يكون مستظاوان ركبها ليردها على بائعها وليسقيها او يشتري لها علنا
فليس ذلك برضى اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان
 في الركوب ضبط الدابة وهو احتفظ لها من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف
 فمحمول على ما اذا لم يجد منه بد بالصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزة عن المشي
 لضعف او كبرا او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بد لانعدام الاولين او لكون
 العلف في عدلين وركب كان الركوب رضى لان حملة ح ممكن بدون الركوب
قوله ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم
 به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فتقطع عنده فله ان يردده وياخذ الثمن كله
 وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة ر ح وقالوا انه يقوم سارقا وغير سارق
 فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع
 من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو
 لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية
 باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتد هالكنه متعيب به لان مباح اليد والدم لا يشتري كالمسلم لانه
 اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المعيب عند تعذر الرد يرجع فيه
 بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل نظا هروا ما في صورة القطع فان الاستيلاء وقع
 في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومنه مانع من الرد بعيب
 سابق لما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل في وقت
 الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق
والمستحق لا يتاواه العقد فينقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله * اولانه باع
مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فردة وصار كما
اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فردة على المولى فاقتص منه في يده
فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب * والجواب عن مسألة الحمل
انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابى حنيفة رح فالمشتري يرجع على البائع
بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري
ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري * وعن قولهما
سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف
للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى عليه العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم
ضمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة * واما اذا مات في يد المشتري فيتقرر الثمن
عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا ملك في ضمان المشتري واذا قتل
فقد تم الاستحقاق * ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك
من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل
من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص **قوله** ولو سرق في يد البائع
ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما
صندهما يرجع بالقصاص كما ذكرناه آنفا وعند ابى حنيفة رح لا يرده الا برضى البائع
للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك
وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسبيين فيرجع
بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت

تلفت بالجنايتين وفي احد لهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لردة العبد عليه * فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطاع على عيب كان عند البائع قبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك * اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة رجع نظرا الى خبره انه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه * فان قيل اما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف هنا بينهما * قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا **قوله** ولتد اولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تد اولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير يرجع الباعة وهي جمع البائع كالحاكة جمع الحائك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رجع كما في الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلة وهذا ان المشتري الاخير لم يصرحا بسا حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم **قوله** وقوله في الكتاب اي قول محمد رجع في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضى به * ولا يفيد على قول ابي حنيفة رجع في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة رجع لانه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وقد اشتراه * قال شمس الأئمة

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة ربح يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق * وقال فخر الإسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لأننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لأنسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لتقصان الثمن لكنه يجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لحقيقته عند أبي حنيفة ربح لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال * ويجوز أن يكون من حيث الدليل * وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب وأنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجري مجراه **قوله** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعدّها أولا علمه البائع أولم يعلمه وقف عليه المشتري أولم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة ربح وأبي يوسف ربح في رواية * وقال محمد ربح لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف ربح وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله وقال زفر رحمه الله إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط * وقال الشافعي ربح لا تصح البراءة عن كل عيب مالم يقل عن عيب كذا وعن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية مالم يره المشتري * وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة ربح في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة ربح أرايت لو باع جارية في المأتنى منها عيب كان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرايت لو أن بعض خدام أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برصا كان يلزمه أن

ان يري المشتري ذاك وما زال عدد حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به * الشافعي رح
يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط
باطل بناء على مذهبنا ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في البراءة معنى
التملك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فردا براءة لم يصح الا براءة وتملك المجهول
لا يصح ولنا ان البراءة اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح البراءة
باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تضي الجهالة
فيه الى المنازعة لان الجهالة انما بطلت التملكات بفوات التسليم الواجب بالعقد وهو
لا يتصور في الاسقاط فلا تكون مبطله له ولهذا اجاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا يدرى عدد هم
قوله وان كان في ضمنه التملك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد * وتقريره ان ذلك لما فيه
من معنى التملك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لا نايينا ان محض التملك لا يبطل بجهالة
لا يفوت التسليم كما اذا باع فقيزا من صبرة فلان لا تبطل الاسقاط الذي فيه معنى التملك
والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى * وجه قول محمد رح ان البراءة تناول الثابت
حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم يحدث ام لا وامي مقدار يحدث والثابت
ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف رح يقول الغرض من البراءة الزام العقد باسقاط
حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث * فان قيل لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب
وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف رح خلافاً لمحمد رح
سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا تناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث
قبل القبض تبعاً وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز ان يكون مقصودا * والجواب
عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت هذا العين على اني برئ من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله اعلم

* باب البيع الفاسد *

تاخر غير الصحيح من الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولتنب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا * وكل ما اورث خلا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحرباطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد ممن له دين سداوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف رح في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعها فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند البعض من اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطال تقومها في حق المسلمين كيلا يتمولوا بها كما ابطال قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر **قوله** والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وكل ما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ منهم ابو نصر احمد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

احمد الطواويسي وهور وايدة الحسن عن ابي حنيفة رح نص على ذلك في السير الكبير
نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل و الباطل غير معتبر والقبض باذن
المالك فيكون امانة وعند بعض آخر منهم شمس الائمة السرخسي رح وهور وايدة
ابن سماعة عن محمد رح يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء لوجود صورة العلة ههنا ون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك
ههنا والمقبوض على سوم الشراء وهوان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته
اشريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه
ابو الليث رح في العيون قيل وعليه الفتوى * وقال محمد بن سلمة البلخي الاول
قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك
باتفاق الروايات * واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر
في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع
بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض *
فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطى جارية اشتراها بشراء فاسد و جاز
اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك
لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك * فالجواب انما لم يحل وطئها واكله ولم تثبت
الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطى والاكل اعراضا عن الرذ وفي القضاء بالشفعة تقرير
الفساد وتاكيد فلا يجوز * واعلم ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا في مبني جواز التصرف
للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع
على ذلك لاعلى ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك البين ملك الامور
المذكورة ولم يملكها * وذهب مشائخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

واستدلو بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دارا فللمشتري ان يأخذها بالشفعة لنفسه * ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء * ولو باع الاب او الوصي عبداً يتيماً بيعاً فاسداً وقبضه المشتري ثم اعتقه جازعتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما على العتق لا يجوز * فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين * واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيداً للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالاً فلا تكون محلاً للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز يقابله قيمة لان الشرع امر بهاته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً وفي تملكه بالعقد مقصود اي بجعله مبيعاً اعزازه وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فسقط التقوم اصلاً لئلا يفضي الى خلاف المأمور به وح يكون البيع باطلاً بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعاً انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً وان وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول الباء لكونه

لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجع
 جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قوله**
 وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل
 وانما فسر به ذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل
 على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى آخره وتحقيقه ان بين استحقاق
 العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الا بطلان
 وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه واله وسلم اعتقها
 ولدها فينتفي الآخر * لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه
 على حقه فلا يصلم دليلا * لان المجاز مراد بالا جماع * وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد
 سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك
 مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية
 ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت
 والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال الاولى * وكذلك
 الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينقصد سببا بعد الموت احتجنا
 الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال
 وتأخر الحكم الى ما بعد الموت * وكذلك بين استحقاق المكاتب يد اعلى نفسه
 لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى
 ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الآخر * وانما قيد بقوله
 في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه *
 فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحروح بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع
 كالمضموم الى الحر والامر بخلافه * فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

محليته للبيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين * ولهذا جاز بيع أم الولد والمدة والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه وإذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلالة في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم ببقية الثمن بحصته من الثمن والبيع بالحصصة بقاء جائز * بخلاف الجرفانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصصة ابتداء وأنه باطل على ما يجه **قوله** ولورضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز وإذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز لأن عدمه كان لحقه فلما استقط حقه برضائه انفسخت الكتابة وجاز البيع * وروي في النوادر أنه لا يجوز والمراد بالمدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير لما روي في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد تقدم فيه وإن ماتت أم الولد والمدبرة في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالوا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة رح وهذا ليس على ظاهرة بل الروايتان عنه في حق المدبر * وروي المعلق عن أبي حنيفة رح أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فاتفت الروايات عن أبي حنيفة رح أنها لا تضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لما ليتها * والفرق لا يحنيفة رح بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلق أن ضمان البيع وإن أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لأن الملك انما يشتت بهذا الاعتبار فإذا لم يكن محلاً للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضاً بآذن المالك فلا يجب الضمان لهما أنه أي أن كل واحد من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفاً وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سبيل الشراء * فإن قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك إجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا

فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتلك المضموم ولا يحنيفة رح ان جهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها نصارا كما لم يكتب في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غير كنبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد امع عبد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قوله** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا ينجح اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكليف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا اسلمها الى المشتري فله خيار البرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء نصارك انه اشترى مالم يره **قوله** الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه * وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها المدخل ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باع الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز * ولا يشكل بما اذا غسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحزره او يهيئ له موضعا * لان العسل اذا كان قائم بارضه على وجه القوار نصارك لشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فانها ليست فيها على وجه القرار **قوله** ولا يبيع الطير في الهواء بيع الطير في الهواء على ثلاثة اوجه * الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك * والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم * والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمائم وهو ايضا لا يجوز في الظاهر * وذكر في فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولانتاج الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه واله وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبله والنتاج في الاصل مصدر نجت الناقة بالضم ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلان فهي حبلان فسمي به المحبول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه * قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ا يكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قوله** ولا اللبن في الضرع للغرر يبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة * للغرر لجواز ان يكون الضرع منتخا يظن لبنا والغرر منهى عنه * والنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن * ولانه يزاد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعدر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين * لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه * ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في

في اعلاها وتركها ايا ما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والا على ملك المشتري
وما وقع من الزيادة وقع في ملكه * اما الصوف فان نموه من اسفله فاذا خضب الصوف
على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل
القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث
القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقطع * واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد
فيه القلع اي التنف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام
نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في صرع وسمن في لبن وهو حجة
على ابي يوسف رح فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قوله** وجذع
في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالقميص
لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه
العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن
في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز
لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة ايضا ولو قطع البائع
الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المنسد وهو الضرر *
ولو باع النوى في التمر او البزري البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان
في وجودهما احتمالا اي هوشى مغيب وهوفى غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة
في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه فهو جائز اجيب
بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت
في سنبلها انما يقال بيعت هذه الحنطة فالمدكور صريحها هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا
لتصحيح لفظه * واما بزري البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزري والنوى والحب
لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزري ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

مذكور او ما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واطريق من لا يرى ذلك صرف في اصول النقه **قوله** اما الجذع فعين موجوداشارة الى تمام الفرق بين البزروالنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع المعين موجود اذا الفرض فيه والنوى والبزر ليسا كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح شاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر عا جزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد * واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والترم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم **قوله** وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللاكي هو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا او المعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا **قوله** وبيع المزابنة الرفع والجرفيه وفيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على النخيل بتمر بالثناء المثبأة مجذوذ ومثل كيل ما على النخيل من الثمر حرزا وطاء لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس ثمر بل ثمر امجدوذ كالذي يقابله من المجذوذ ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمحاولة بيع الحنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع

وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا * وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدلل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس النخيل بخرصها تمر افيما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمر امجد وذا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه ولا يكون مخلفا الوعدة وبه نقول لان الموهوب لم يصرم ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين * الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رض ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر * والثاني انه جاء في حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير نافي قوله عليه السلام المشهور الثمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه **قوله** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكرونها وسامها المشتري بمعنى استامها * بيع الملاسة وهو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فيكون ذلك ابتياعا لهما رضي مالكها بذلك او لم يرخص * وبيع المنابذة وهو ان يتراوض الرجلان على السلعة فيحبب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له رد ها عليه * وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فان اوضح الطالب لشرائها حصة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم وعبرة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمله لانه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه **قوله** ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلاء وهو ماليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد بن ح * وقيل ماله ساق ماله ليس له ساق فهو كلاء وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلاء وعلى مصدر رعى فلولم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلاء او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلاء الغير المحرر فلا نه غير مملوك لا شراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاء والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بها بضوئها والاصطلابها والشرب وسقي البواب والاستسقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقافا ما ان توصلني الى حقي او تحششه فتدفعه الي او تدعني حتى آخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان * هذا اذا نبت بنفسه ظاهر واما اذا انبت صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة

والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه * وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلاء ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلاء فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه * واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوك * والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا قامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استجار الصباغ واللين في استجار الطائر لكونه آلة للحضانة والظئارة ولم يذكر ان اجارة الكلاء وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها **قوله** ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف رح لا يجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ما كول لا ينافيه كالبلغل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها وقال في الجامع الصغير اريت ان من وجد بها عيبا بكم يرد ها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها وقوله والانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال * قيل قوله لا بعينه اجتراف عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما * وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج منه * واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان معه ما يخرج منه بان باع كواراة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح في مختصره

وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبعية وان لم يجز افرادة بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن ابي حسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف **رح** **قوله** ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز ويضه وهو البزر الذي منه يكون الدود ولا يجوز عند ابي حنيفة **رح** لانه من الهوام ويضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد **رح** لكونه منتفعا به ولما كان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى وازا باع يوسف **رح** بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة **رح** كما في دودة وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة **رح** انما لم يجوز بيعه بانفرادة اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عدد ها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكره هنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمه كذلك **قوله** ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد **رح** في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم انه نهى عن بيع الغرور وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عند حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة *
واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة * وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وذكر الامام التمر تاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف رح وقول المصنف رح يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف رح القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الآباق هل يتم ذلك العقد ويحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشائخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو لا يتم التوى بالآباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينفيه * وروي عن ابي حنيفة رح ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالآباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتهى المانع فيجوز فصار كما اذا باع بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشائخنا رحمهم الله *
واما اذا رفعه المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قوله** ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

يجوز قتال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي رح بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز
 كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازاً من الخمر فانها ليست بطاهر ولنا انه جزء الآدمي
 لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البغضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس
 لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً
 بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب باننا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف
 بل المضمون ما انتقص من الاصل الا يرى ان الجرح اذا اتصل به البرء سقط الضمان
 وكذا السن اذا نبتت **قوله** وهو اي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلاً
 آخر وتقريره ان الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع
 ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة
 وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز
 على جزئها اعتبار الجزء بالكل * والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز * وبيانه
 ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلارق فيه لان الرق يختص
 بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه انها صفتان
 يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذا لا حيوة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق
 لانتفاء الموضوع * والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروباً مطلقاً
 اوفي حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه
 غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل
 ذلك على كونه مالاً كاملياً تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه **قوله**
 ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز
 بيعه وعليه الاجماع ولان نجس العين لا يجوز بيعه اهانه له ويجوز الانتفاع به للخبر للضرورة
 لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب

أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه وعلى هذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبيع
 جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع * وقال أبو الليث رح ان كانت الاساكفة لا يجدون
 شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف رح
 لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماء غير
 حالة الاستعمال وقال محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع بدليل على طهارته ووقوع
 الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف رح اختار قول ابي يوسف رح حيث اخبره * قيل هذا
 اذا كان متونا واما المجزوز فطاهر كذا في التمر تاشي وقاضي خان **قوله** ولا يجوز بيع
 شعور الانسان بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد رح انه يجوز الانتفاع بها
 استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين حلق رأسه قسم شعرة بين
 اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به * وجه الظاهر ان الادمي
 مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وفي البيع والانتفاع
 ذلك ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يوصل الشعر
 والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رح بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم
 وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين
 متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه
 ومبادلته بما لم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه
 وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع
 فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا * ثم ان عدم جوازها ليس
 للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشعرة وهو طاهر اولي
 ولان في سائر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة * وقال الشافعي رح نجس لحرمة الانتفاع به
 وهو محجوج بالضرورة * ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذواتهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
لانه غير منتفع بها لنجاستها قال عليه السلام لا تتنعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
كداروي من الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات
ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فمال يزاييل بالدباغ فهي كعين
الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تتنعوا نهى وهو يقتضى المشروعية فمن
اين الاجواز فالجواب انه نهى عن الافعال الحسية وهو يفيد طالع التقرير تطالع عليه
ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبة
كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة ومصبتها وصوفها وقرنها
وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوية وقد تقدم
في كتاب الصلوة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد ربح اعتبارا به في حرمة اللحم
وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب
وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس
فلا يجوز بيعه **قوله** واذا كان السفلى لرجل وعلوه لاخر فسقطا وسقط العلو وحده فباع
صاحب العلو وعلوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل
للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا
لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء
لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن
ذكر في كتاب لشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشراء ارض بشرها بالف وآخر
بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل

يقابل الشرب * وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذ لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء * والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الاثنية السرخسي رح * والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذ يبين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة * وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دارين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب المرور بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب المرور واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز * وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر * واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

مجهول الاختلاف التسييل بقلته الماء وكثرته * والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق بينه وبين التعلّي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلّي يتعلق بعين تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها * وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه **قوله** ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحداً الثلثة فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والاستقراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكباش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلبي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذا ري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذا ر قرية بسمرقند والزند نجى ثوب منسوب الى زندنة قرية بمخارايحسان مختلفان على ما قال المشايخ رحمهم الله في شروح الجامع الصغير * واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان الصفة والابلاغ في التعريف اقوى * وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده لان العبرة اذا كان للاشارة لا التسمية لان

لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضياً بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد ر ح فاذا باع كبشاً فاذا هو نعمة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فاذا اخرج عن كونه معرفاً جعل للترغيب حذراً عن الالغاء فصار كمن اشترى عبد اعلى انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف ر ح الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه نقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعنابي كذلك * وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدور الشهيد رحمهم الله ان الموجد ان كان انتقص من المشروط الفاتت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه * وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضاء * واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار **قوله** ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئاً بالف درهم حاله او نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلا فالشافعي ر ح هو يقول الملك قد تم فيه بالتقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمه اقل من الالف * وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه * اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر * والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض * والاو اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي ر ح جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق * ونحن لم نجوزه بالاثرو المعقول * اما الاول فما قال محمد ر ح حدثنا ابو حنيفة ر ح برفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعته

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت
ابلي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى
فله ما سلف * ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد
مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان
مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك
فكان فاسدا * وان زيدا اعتذرا اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهديات كان
بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق
الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب ان ثبت من مذهبه اجواز البيع
الى العطاء وهو مذهب ملي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث
قالت بئسما شريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني
فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه
اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم
الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد
ليس للبيع ثمه بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا * واما الثاني
فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز * بخلاف ما اذا باعه من غيره
لان الربح لا يحصل للبائع * وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه
المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان * وبخلاف ما اذا اشترى
بالثمن الاول لعدم الربوا * وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل
للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر

يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان جعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري * وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر رح لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا **قوله** ومن اشترى جارية بخمس مائة هذه من فروع المسئلة المتقدمه لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع * وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا لالاخرى باقل مما باع وقد تقدم فسادة ونقض بما اذا باعها بما بالي وخمس مائة فان البيع فاسد ذكرها العلامة في الاتقان وشمس الائمة وفخر الاسلام في جامعها ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمس مائة فلا يجري فيه الاصل المذكور * واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز * وبيانه اننا لو جعلنا بازاء ما باعها الفاجاز وان جعلنا الفاجزة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز * وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على انه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة او اقل او اكثر فتعد جهة الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الدلة وهو لا يجوز على ما عرف * والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والشرع ههنا بالمفسد ترجيح المحرم * ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور * اما لانه ممتنع فيه لخلاف الشافعي رح المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي رح فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي رح كان بعد وضع المسئلة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فكيف توضع المسئلة بناءً على شيء لم يقع بعد * ولأن أبا حنيفة رح أبطل إسلام القوهي في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فإنه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي رح ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهي في المروي وأمالان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلما اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً للشبهة الشبهة وهي غير معتبرة * وبيان أن في المشتراة شبهة الربوا أن في المسئلة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لأن الألف وأن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردّها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترى الفاً بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا وأمالان الفساد طارئاً لوجهين * أحدهما أنه قابل الثمن بالتجارتين وهي مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون فيه بزاء ما باعه أقل من الثمن الأول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فنصار البعض بزاء ما باع والبعض بزاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى إلى الأخرى * ولا يشكل بما إذا جمع بين عبود مدبر وباعهما صفقة واحدة فإن المفسد مقارن لأن قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز في العبد * لأن شمس الأئمة قال البيوع في المدبر غير فاسد ولهذا الواجواز القاضي ببيعه جاز ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى إلى الآخر * والثاني الملقاة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروئه فلا يسري إلى غيرها **قوله** ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد

وعسى ان يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاها وان اشترى
على ان يزنه وي طرح عنه بوزن الطرف جاز لكونه موافقا لمقتضاها **قوله** ومن اشترى سمنا
في زق ومن اشترى سمنا في زق وردا الطرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق
غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين
الزق المقبوض او في مقدار الثمن * فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض
صميما كان كالمغاصب او امينا كالمودع * وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه * فان قيل
الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف * اجيب بانه يوجب
اذا كان قصد او هذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق * والفقه فيه ان الاختلاف
الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كلوا حد منهما مدع عقدا آخر
واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجب
قوله واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف وقال الموكل
لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية * ولان ما ثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشرة بنفسه ولو باشرة بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به *
وقال ابو حنيفة رح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل * فالأولى
اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المأمور به والنصراني ذلك * والثانية اهلية ثبوت الحكم له
وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى الى صحة ثبوت
ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر او خنزير لا يقال الوراثة
امر جبري والتوكيل اختياري فأنى بتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل
بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

الا يرى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمر ايثبت الملك فيها لمولاه المسلم
 بالاتفاق واذا ثبت الإهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل
 به ان كان خمر اخللها وان كان خنزير اسيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة *
 وقولهما الموكل لا يلية فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر
 بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه * وبالقاضي اذا
 امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه * وبالذمي اذا
 اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكّل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي
 ذلك بنفسه * والقياس على تزويج المجوسي مدّئوع بان حقوق العقد في النكاح
 ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قوله** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع
 في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً لغرض اصحابنا *
 وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد
 كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف
 ذلك * وهذا ينقسم الى ما كان متعارفاً والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
 منفعة لا حد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه
 وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه * ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيد
 وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط وهو باطل لانه
 يقتضي عدم جواز لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق *
 وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط الشريك كذلك
 لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف
 ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة
 والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على

على ما لا عرف فيه بجماع كونه شرطاً والعرف قاض عليه * وفيما اذا لم يكن متعارفاً وفيه
منفعة لاحد العاقلين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين
لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصداً المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط
عن العوض وهوربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط
منفعة فكيف يكون ربواً لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد
فكان ربواً ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف
في بيان اسباب الشرائع * وفيما اذا كان فيه منفعة للمعتود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتتمام العقد بالمعتود عليه حتى لو زعم
انه حر كان البيع باطلاً فاشترط منفعته كاشترط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين
وفيما اذا لم تكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط
لغواً وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع به نص عليه في
آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه
والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقلين والجواب ان العبرة
بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر * واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد
بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعتود عليه لان تضيته الاطلاق في التصرف والتخيير
لا الالتزام حتماً والشروط تقتضي الالتزام حتماً والمنازعة بينهما ظاهرة وليس احدهما
من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون
مشروعاً باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعاً وبالنظر
الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً * ولا خلاف في هذه الجملة بيننا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وبين الشافعي رح الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز وقيسه على بيع العبد نسمة
 وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف رح بان يباع ممن يعلم انه يعتقه
 لان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي رح ما ذكره المصنف رح صح قوله يقيسه لانهما
 غير ان فيصح قياس احدهما على الآخر ان ظهر جامع * وان كان تفسيره عنده ما ذكر
 في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف رح يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس
 الشيء على نفسه * وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت
 بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه قالت
 ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشتريتها واعتقتها وانما اشتريتها
 بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وغيرها في معناها
 في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي رح
 قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث
 نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة رح
 عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم والمعقول
 ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد * والجواب
 عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد
 وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك
 فان بيع المكاتبه لا يجوز بدون رضاها * النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس
 وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما ذكرها
 في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانهما اسم
 لما هو معرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب
 فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا

وقال يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة
وقد وفى المشتري بما شرط اولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبار الحقيقة الحرية بحق الحرية
ولا يبي حنيئة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد
التصرف به المغائر للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للمالك والمنهي للشيء
مقرر له الا يرى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت
الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد نقد
تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين * وتامل حق التامل تخلص من ورطة
شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولاً * فان كان الاول
فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع * وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا
وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا
بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس
لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلفه
بوجه آخر فانه لا ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فقرر الفساد وبخلاف التدبير
والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها يقيين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر
وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال
من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت **قوله** وكذلك اذا باع عبدا
على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه
منفعة لاحد العاقلين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على
ان يقرضه المشتري احتراز عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي
الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم يلزم الاجنبي ولا ضمان على المشتري لانها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن بخلاف
 اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع
 وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن
قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين
 باطل لا فضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع
 او الثمن حاصل كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا من السلم فان ترك
 الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل **قوله** ومن اشترى جارية الاحملها ذكر في هذا الموضع
 العقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام * الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء * والثاني ما صح
 فيه العقد وبطل الاستثناء * والثالث ما صح فيه كلاهما * اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة
 والرهن فاذا باع جارية الاحملها او آجر داره على جارية الاحملها او رهن جاريته
 الاحملها او كاتب عبده على جارية الاحملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة
 لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا
 ما في معناه * والاستثناء يصير شرط فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه
 ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم
 في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويتقرر
 بقرارة وبيع الاصل يتناوله فلا استثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى
 متصور ودلالته العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا **قوله** غير ان المفسد في الكتابة
 استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون
 مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير وعلى قيمته
 حيث دخل في البدل * واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج
 من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهائه مال في حق المولى ولا

ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المتصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه * واما الثاني فكا الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشرط الفاسد لان الفساد باعتبار افضائه الى الربو وذاك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنها عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عليه السلام اجاز العمري وبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكا الوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعتراض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادة بالعقد فانه لو قال اوصيت بخدمة هذه الجارية فلان صح العقد فوجب ان يصح استثناءها واجيب بان هذا العكس غير لازم واثن سلم فلان سلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقد او عكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افرادة بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انما ما منعنا العكس وجوبا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث
الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه
قوله ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة
في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة لكن يلزم فيهما صفقة في صفقة فكأنهما سواء يشير اليه
قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة
اذ ليس فيه احتمال العارية **قوله** ومن اشترى نعلا هذا النعل بالمثال قطعها بدفء فهو تسمية
الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك
وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرطان بخذوة او نعلا على ان
يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لا احد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه
اجما عا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة
عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده ولكن جوز للتعامل
جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان
معرب مهر كان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل
التمن الى هذه الايام فاسد اذ لم يعرف المتبائع مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل
المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة
موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها
يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما
فلا جهالة **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع
الزروع والدياس ان يوطأ المحصول بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطئ

وطئ الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح لغة فيه والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المنفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخيرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففني وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رض منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحصيل اصل الثمن عدم تحصيل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحصيل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذ اباع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة لعدم ابتناؤه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال اعنى النيروز والمهرجان الى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراصيا بسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لفرزرج هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول فرزرج فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب فرزرج بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقريره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجاب بان هذه
الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد
فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا انكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا يتقلب جائزا
وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل لا يتقلب جائزا
واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى
ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح
ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله بخلاف النكاح
جواب عن قياس زفر ربح على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد يتقلب جائزا
قبل تقريره المفسد ولم نقل ان عقد ايتقلب الى عقد آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد
غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدر وري ثم تراصيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قوله** ومن جمع بين حرو عبد او شاة ذكية
وميتة اذا جمع في البيع بين حرو عبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا سواء فصل
الثلثين او لم يفصل عند ابي حنيفة ربح وقال ابو يوسف ومحمد ربح ان سمى لكل واحد ثلثا
مثل ان يقول اشتريتهم بالالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبدة وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثلثين عندهم خلافا
لزفر ربح فيهما اي في العبد والمدبر او في الجميع جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدر فيجب جواز بيعه
مع الذكي كبيع الثمن مع المدر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل
الظاهر وهو قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَذْكُرَ اسمُ اللَّهِ عَلَيْهِ حَتَّىٰ ان الْقَاضِيَ اذا قضى بحله
لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين حرو عبد في البيع * لزفر ربح الاعتبار بالفصل الاول
يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولا يبي يوسف ومحمد ربح

رح اذا سمي لكل ثمن ان الفساد بقدر الفساد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه
 ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته
 في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولا يبيخيفه رح
 وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
 والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر
 واذا كان كذلك فكان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه
 فكان شرطا فاسدا وفيه بحث * اما اول فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة
 وح لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد * واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون
 فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد
 في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا * واما ثالثا فلان قبول العقد
 في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع
 بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه نصار كالجمع بين العبد والمدبر
 واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يتكرر البيع والشراء وقد تقدم
 في اول البيوع * وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما
 بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسمائة علي ان تسلم
 الي خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا * وعن الثالث
 بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه * واذا ظهر
 هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر رح عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب
 عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء
 متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد
 وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف علي اجازته وفي المكاتب علي رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر علي قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عندنا بيمينه وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح بناء علي ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء علي خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر يدل علي ذاك تمام كلامه هناك * ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيهما ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم انفسهم ردوا المبيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين الثمن واحده المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد ببيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين الثمن والمدبر

* فصل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابته يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبته * والبيع عندنا ينقسم علي ما مر الي صحيح وفاسد وباطل وموقوف * وعند الشافعي رح الي صحيح وباطل لا غير * فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد هو ضمان ما لان ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر

فذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئاً وان اتصل به القبض * وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحاً او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقاً * وقيد ان يكون في العقد عوضان ما لان لفائدة سذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشائخ رحمهم الله سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رح القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكماً شرعياً ولهذا لا يفيد قبل القبض فصار كما اذا باع الخمر بالدرهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالرضى صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقلين مضافاً الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعاً عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عند تالقاته التصور ليكون النهي عمداً يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً كما في البيع وقت النداء عملاً بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاوراً ما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً وايضاً الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم * والمجاور جمع والممتصل

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

وصفاً سيان في ذلك * وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكرهية والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطالع على ذلك **قوله** وانما لا يثبت قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضاً فلان يكون واجب الرفع بالا متناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم ينفذ الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول علي اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره لان الشرط اهدر الا غير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمانات لا تعتبر بها **قوله** ولان السبب دليل آخر علي افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض * ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لما كان اقترانه بالتبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبهة بالايجاب فصا كان ايجاب البيع الفاسد اذ ادقوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الي ما يعضد العقد من القبض وقوله

والهبة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالهبة * وتقريره ان الهبة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مضمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خر جناة يعني في اوائل البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مضمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشي آخر ابي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مضمنا لان كل عين يقابلها الدراهم او الدنانير في البيع فهو مضمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضوره قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد * وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقضى وهو التسليط على القبض * بخلاف ما اذا اوجب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق زكن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالمبنة والدم والحروالريح التي تهب والبيع مع نفى الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمننا او ثمننا لكن ذكر جهة الاثنان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولي بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا عذر **قوله** ولكل واحد من المتعاقدين اي كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفع الفاسد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يقد الحكم فكان النسخ امتنا عامن ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفاسد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد * وعند ابي يوسف رح بحضرة وغيبته * وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص * واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل فليطلب في شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد رح ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضاء لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى الزوم عن العقد

العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة
والايضاح والكافي **قوله** فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه سواء كان تصرفاً لا يحتمل
النقض كالاتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولاً لم يحل
اكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقاً واجيب
بالمنع فان محمد ارح نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع
سلطه على ذلك * وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطئ ولا يحرم فالماذكور في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط
فبدل الله اولي * وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل *
فان كان البيع نافذ استقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبائع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم
حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا
لم يسقط حق استرداد وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق
بذلك حق العبد فكان ذلك تحكماً واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعذار وفساد الشراء من في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد ربح من يفسخها
وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لو رودة على المنفعة
والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ
على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين
ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانقل
الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري
بحكم الفساد * وهذا بخلاف ما لو اوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع **قوله** ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذا خلل فيه لافي ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته وذلك باطل والجواب اننا لان التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته **قوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا من نقض التصرف لم تنقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيره التعلق حقه بها لكون الشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال لان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابله ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فتقضى ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع

الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات المالك المطلق
 للنصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك **قوله** ومن اشترى عبداً بخر أو خنزير فقبضه
 بأذن البائع واعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمدرح
 لو تركه أو وهبه وسلمه فهو أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جواز
 فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والمالك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما
 تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشا به الغصب وبالاتفاق قد هلك فصار كمغصوب قد هلك
 وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع قد انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفاً من قوله
 لتعلق حق العبد بالثاني * والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا
 اتصل بالقبض صار لازماً في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد
 يعود بعجز المالك وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد * قيل وليس لتخصيصهما
 في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات
 حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية
 الاسترداد لعود قديم ملكه اليه * ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا
 لم يقض على المشتري بالقيمة * واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق
 الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب آلا بق
 ثم عاد **قوله** وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان
 حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاجذار ورفع الفساد من اقوى الأعدار
 ولانها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناً عاو لعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع
 حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح
 بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضاً كان او نقداً كان او قيمة وهذا الحكم

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع
المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن
مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته لما تقدم من ان المشتري
حق منع البائع من المبيع الى ان يأخذ ما ادعى اليه وكل من يقدم عليه حال حيوته تقدم على
غرمائه وورثته بعد وفاته كالمترتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمترتهن احق بالرهن
من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها
فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص
لا تتعين * والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد
على الرايين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان
ما ذكره المصنف رح ان الثمن في يد البائع بمنزلة المصوب في كونهما مقبوضين لا على
وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد وادراهم المصوبة تتعين للرد ويجب
رد عينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثاها لما بينا انه بمنزلة المصوب والحكم
فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء
يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح وقال لا ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس
فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف رح هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة رح
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه محتاج فيه الى القضاء او الرضى ويبطل
بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع يباع
فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به
وهو يدهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولا يبي حنيفة رح ان

ان البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف حق الشفع ان التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبائع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يبين ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في المحجة * قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام * ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهما مقررًا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهما للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة لا ينقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفع بناء المشتري واعتراض عليه بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد وان تؤمل ما ذكر فليس بوارد ان البائع مسلط دون الشفع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتهى الاولوية وبطلت الملازمة واعتراض ايضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفع فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة روى يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة روى لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد روى على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة روى

(كتاب البيوع - باب البيع الفاسد* - فصل في احكامه)

للسفيح الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبني فيها او غرس*
 وعندهما لا شفعة للسفيح فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
 في حق الاسترداد بالبناء والغرس وثبوت مختلف فيه فمن قال بثبوتها قال بانقطاع حق البائع
 ومن قال بانتفاءه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال*
 وعلى هذا فمن حفظ مذهب السفيحة ربح في ثبوت الشفعة لا شك في مذهب في انقطاع حق البائع
 في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد ربح* قال شمس الائمة السرخسي ربح
 هذه المسئلة الثالثة التي جرت المحاوره فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال
 ابو يوسف ربح ما رويت عن ابي حنيفة ربح انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء
 وقال محمد ربح بل رويت لي عنه انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان
 في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة ربح كذا وانما قال ما رويت وفيه كامل*
 ولما كان هذا الموضع محنا جال الى تأكيد كرا المصنف ربح قوله شك يعقوب في الرواية
 وفي كلامه نوع اخلاق لانه قال رواه يعقوب في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير.
 محمد ربح لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب
 عن ابي حنيفة ربح **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتفاضا علم ان الاموال
 على نوعين* ونوع لا يتعين في العقد كادراهم والدانير* ونوع يتعين كخلا فهما
 والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك* وخبث لعدم الملك* فاما الاول فانه
 يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين* والثاني يؤثر فيهما جميعا* وان اظهر هذا فمن اشترى
 جارية بيعا فاسدا وتفاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا
 وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها فيؤثر الخبث
 في الربح والدراهم والدانير لا يتعيان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه
 لانه لفساد الملك لا لعدمه* ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك

منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري ولا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات * وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لافضل الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئاً فباعه وربح فيصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد وحمهما اللذان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحمه الله يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجودة ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن * وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها * فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمننا * وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدرة ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعاً * واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا البازل عنها قيل بالحدوث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلية في الرتبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لا عبرت مادونها ايضا فبالتحكم لكن لا يصح اعتبارها لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة فمادونها **قوله** وكذلك اذا ادعى رجل قال لآخر لي عليك الف درهم فاقضها فتقضاها ثم تصاد فاعلى انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعى واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادرا للملكه لكن لما تصاد فاعلى انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينايتهين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق قصدا في مقابله لافيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه * ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير * ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن النجش بفتحيتين وهوان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها * وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاده شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لان انتفاء الخداع * ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلوة والسلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو

وهو نفى في معنى النهي فيفيد المشروعية * وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح * اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع قدحا وجلسا بيع من يزيد **قوله** وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصري لبيعه على ما اراده * فذلك لا يخلو اما ان يضربا هل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا * فان كان الاول بان كان اهل المصر في تحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور الملتك * وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غر وخسر وهو قبيح فيكرة والا فلا باس بذلك **قوله** ويبع الحاضر للبادي اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلوة والسلام لا يبيع حاضر لباد * وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل مصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال * فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في تحط يتضررون بذلك فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك * وعلى هذا تكون اللام في البادي بمعنى من * وفيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قوله** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او قفا يتبايعان واما اذا ابتاعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلاكراهة * وقد تقدم

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد اي القبح في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قوله** ولا باس بيع من يزيد وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رضي الله عنه قد مر آنفا نوع منه اي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذورحم محرم من الاخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عليه الصلوة والسلام من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة **قوله** ووهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلوة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال ادرك ادرك ويروي ارد دارد ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرهه البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينك عنه اجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عليه السلام على ذلك بقوله من فرق بين والدته وولدها الخ ان كان المراد بترك الرحمة تركها بالتفريق * ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك الرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم ير رحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للمكاح بان يكون احدهما ذارحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصد افلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمة بينهما اصلا حتى لو كان احدهما ابا

اخرضا عيا لآخر او كان امه والاخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال
او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس
لان القياس يقتضي جواز التفريق لوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق
كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورد ومورد
الوالدة وولدها والاخوان * قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير
يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف
القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير
كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة
للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصد افهويان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة
اذا ساواه الا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على
هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس * واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية
ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح ولا ما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد
ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند
وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة
اولزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند عامة المشائخ رحمهم الله * والاولى من المواضع
ما اذا صار احدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده ان كانت امه فانه لا باس
بيعه الاخر وان حصل التفريق * والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى
ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والتمداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة *
والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره
بالشراء * والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احدهما الكبيرين استحسانا وان لم يرد التفريق *
والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق *

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق * والسابع اذا كان الصغير مراهما جاز بيعه برضاة ورعي امه ولزم التفريق * واذا تاملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر * اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث * واما الثاني فلانه لو لزم المولى الغداء بدون اختياره تضرر * واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر من الصغير ولو منع المسلم من شراء تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأ ان فيها ضرر ذلك ظاهر في الدنيا عرضه الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغرة بينهم ان يكون على دينهم * واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى * واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف رح وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه * واما في السادس فلان الاتفاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتقد او المكاتب صار احق بنفسه في دور هو حيث ما دار اخوة ويتعاهد امور على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابتائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه * واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رخصا بالتفريق اندفع الضرر فقيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما الاضرار به من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل استقاط الحق * ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه * وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته ولا وسواء كان زوجته او مكاتبه * ولا يجوز بيع احدهما من

من احد من هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسولة وجوابها * وروي عن ابي حنيفة رح انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى **قوله** فان فرق كره له ذلك وجاز العقد واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك * والبيع جائز عن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولادة لتوتها وضعف غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاوروه والوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالا ستيام * والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما **قوله** وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير به الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صرح ان النبي عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكننا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدي الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسعين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتب او مازونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

* باب الاقالة *

الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالنسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما

(كتاب البيوع — * باب الاقالة *)

فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض
بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اثال ناد ما بيعته اثال الله
عشراته يوم القيمة نذب عليه الصلوة والسلام اليها بما يوجب التحريض عليها
من الثواب اخبار اودعاء وكلاهما لا يكون الا مشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو
حقهما يبطلان رفعه دفعا لاحتجتهما * وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرط اكثر منه
او اقل فالشرط باطل ويبرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة تفسخ في حق المتعاقدين
ولهذا بطل ما نطق به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع
من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما حاز لكونه قبل القبض بيع جدي
في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع
الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان
البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديا * وهذا لان انظرها ينبئ عن الفسخ كما
نذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا
نقطا همال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولي فجعلها من حيث اللفظ فسخا
في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما * فان تعذر جعلها فسخا
بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا
للشرع وهذا عند ابي حنيفة ربح وعند ابي يوسف ربح بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا
في المقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان يتعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض
المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد ربح هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من
الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم
بعد هلاكه استدلل محمد ربح بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة
ذلك يقال في الدعاء اقلني عشري واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها

بها واذا تعذر فحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف رح
بمعناه فانه مبادلة مال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع
من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وبثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا
او محتملة له لان عقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي
عن بعض المشائخ رح * وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء انك العقد في هذا العبد
بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها ببيع لان الاقالة اضيفت الى
مال الوجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ماله وجود
اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة
على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز
وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف رح يجعل الاقالة بيعا مجازا
وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقبة وهو لا يجوز والثاني ان قوله انك
العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير يعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد *
واستدل ابو حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل
اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا
لم يمكن ان يجعل محازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل لكونها ضده واستعارة احد
الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث
فلو لم تحتمل للبيع لم تكن ذلك اجاب المصنف رح بان ذلك ليس بطريق المجاز
اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون
لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع
ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره
بوجه البسطان البيع وضع لاثبات الملك تصد او زوال الملك من ضروراته والاقالة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبتت في المبايعة فاعبر بموجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بدقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لا بصحيفة ر ح عما استدل به ابو يوسف ر ح من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة ضد هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ * اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه عن الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربو لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربو * ولان في الشرط شبهة الربو وهي معتبرة * وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والتقصان لم يكن ثلثا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايل بالف درهم صحت الاقالة وان تقايل بالف وخمسائة صحت بالالف ولغاذر الباقي وان تقايل بالف الائمة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغاذر الباقي ووجب على البائع رد

رد الالف على المشتري * وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الخط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا * وقال بعض المشائخ رح تأويل المسئلة ذلك * هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما في شرط الزيادة يكون بيع لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زادت تعدر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صوتا لكلام العقلاء عن الالغاء * ولا فرق في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف رح لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد رح الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وقال كان فسخا فهذا اولي واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف رح انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقول يعني بالاتفاق لما بينا ان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة منده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا وادت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده * وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا زادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة * وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانه لا يصحها الا فسخا وقد تعدر حقا للشرع * وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضى فامكن تصحيحها فسخا * والاقالة في المنقول قبل
 القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع * واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند البيعة ومحمد رحمهما الله
 واما عند ابيوسف رحمه فبيع اجواز البيع في العقار قبل القبض عنده **قوله** وهلاك الثمن
 لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع
 يستدعي قيام البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل
 هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا اجاز العقد
 وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول * ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي
 لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احد هما اي احد العوضين ابتداء
 بان تباعا عبدا تجارية فهلك العبد في يد بائع التجارية ثم اقالا البيع في التجارية وجب
 رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احد هما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع
 قائما اما اذا كان احد هما هالكا وقت الاقالة والاخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم
 قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين
 قبل القبض او كان احد هما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى
 الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك
 احد العوضين * بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه
 مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض *
 وانما قيد بهلاك احد هما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة * بخلاف التصارف فان هلاك
 البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن
 كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض
 ورد مثله سياتي فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما لو كانا قائمين فمتى
 هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه * واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما

احد هما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند اليخينة
 واييوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول
 اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع * ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر
 وتأمل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع
 * باب المراجعة والتولية *

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع
 في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرناها في اول البيوع
 ووردت تفصيلها في هذا موضعه وعرف المراجعة بهذا ما ملئناه بالعقد الاول بالثمن الاول
 مع زيد ذر ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس * اما الاول فلان من اشترى
 دنائير بالدراهم لا يجوز بيع الدنائير مراجعة مع صدق التعريف عليه * واما الثاني
 فلان المغصوب الا بقا اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مراجعة
 والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه * وبانه يشتمل على ابهام يجب عنه خلو
 التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لاسبيل
 الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مراد في البيع الثاني *
 ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس
 بشرط كما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به له مثل
 جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم
 من الدنائير وعلى العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن * والثاني
 يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست
 بثمن في العقد الاول * على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهيمة
 او وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط * قبل فعلى هذا

(كتاب البيوع — *باب المراجعة والتولية*)

الاولى ان يقول نقل مملكه من السلع بما قام عليه والجواب من الاول باننا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذ اقصى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب * والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراد يجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة **قوله** والتولية نقل مملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب * والبيان جائز ان لا يستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار وطساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عليه الصلوة والسلام كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي بناء على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم يصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما يعرف بالحرز والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم يجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحاط فيه **قوله** ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها * والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان امكن فقد لا

لا يمكن من شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذا لا يمكن دفع
 عنه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذا القرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر
 والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مراجعة ممن ملك ذلك البديل من
 البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مراجعة بربح معلوم من درهم او شيء من
 المكبل والموزون الموصوف لا تقدره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يارده
 مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح
 درهين وان كان ثلاثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيع قيمته لانه
 ليس من ذوات الامثال نصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالشوب مثلا وبجزء
 من احد عشر جزءا من الشوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز
 ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق
 الربح او ينسب الي رأس المال * فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح
 من نقد البلد * وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة احد عشر اوده يارده فالربح من جنس
 الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الي رأس المال اجرة القصار
 والصيغ والطراز والقتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
 المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء
 تزيد في ذلك فالصيغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة تختلف باختلاف
 المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام
 عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمة كذا
 فانا ابيعه مراجعة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
 لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق علي عبده في تعلم حمل
 من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالة باعتبار معنى في المتعلم

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية *)

وهو الحذائق والذكاء لا بما اتفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار
وَجُعِلَ الْآبِقُ وَالْحِجَامُ وَالْخَتَانُ فَإِنْ أَطْلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةِ فِي الْمُرَاجَعَةِ أَمَّا بِالْبَيْتَةِ أَوْ
بِإِفْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ بِنِكَاحِهِ عَنِ الْيَمِينِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ ابْتِغَاءِ رَحٍ إِنْ شَاءَ اخْذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ
وَأِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَإِنْ أَطْلَعَ عَلَى خِيَانَةِ فِي التَّوْلِيَةِ اسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ وَقَالَ أَبُو يُونُسَ رَحٍ يَحْطُ فِيهِمَا
إِي فِي الْمُرَاجَعَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحٍ يُخَيِّرُ فِيهِمَا لِمُحَمَّدٍ رَحٍ إِنْ الْإِعْتِبَارُ لِلتَّسْمِيَةِ لِأَنَّ
الثَّمَنَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَلَا يَعْلَمُ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ وَإِذَا كَانَ الْإِعْتِبَارُ بِهَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالتَّسْمِيَةِ
وَالتَّوْلِيَةِ وَالْمُرَاجَعَةِ تَرْوِجُ وَتَرْغِيبُ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرغوبًا فِيهِ كَوْصَفِ السَّلَامَةِ وَفَوَاتِهِ
يُوجِبُ التَّخْيِيرَ وَلَا بِيَّ يُونُسَ رَحٍ إِنْ الْأَصْلُ فِي هَذَا الْعَقْدِ كَوْنُهُ مَرَاجَعَةً وَتَوْلِيَةً لَا تَسْمِيَةً
وَلِهَذَا وَقَالَ وَلَيْتَكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعَثَكَ مَرَاجَعَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْحَالُ أَنَّهُ مَعْلُومٌ
وَأَقْتَصَرَ عَنِ التَّسْمِيَةِ صَحَّ الْعَقْدُ وَالتَّسْمِيَةُ كَالْتَقْسِيرِ فَإِذَا ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ بَطُلَ صِلَا حَيْثُمَا
لِذَلِكَ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْمُرَاجَعَةِ وَالتَّوْلِيَةِ فَلَا بَدَّ مِنْ بِنَاءِ الْعَقْدِ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ فَتَحَطُّ الْخِيَانَةُ
فِي التَّصْلِيلِ جَمِيعًا غَيْرَ أَنَّهُ يَحْطُ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرَ الْخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَفِي الْمُرَاجَعَةِ
مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّيْحِ جَمِيعًا كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةِ عَلَى رَيْحٍ خَمْسَةٍ ثُمَّ ظَهَرَ الثَّمَنِ
الْأَوَّلِ ثَمَانِيَةً يَحْطُ قَدْرَ الْخِيَانَةِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ دَرَاهِمَانِ وَيَحْطُ مِنَ الرَّيْحِ دَرَاهِمَ فَيَأْخُذُ
الثَّوْبَ بِاثْنَيْ عَشْرَ دَرَاهِمًا وَلَا يَحْتَفِظُ رَحٍ إِنْ لَوْنُهُ يَحْطُ فِي التَّوْلِيَةِ لَا يَبْقَى تَوْلِيَةً لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ
بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لَكِنْ لَا يَجُوزُ أَنْ لَا يَبْقَى تَوْلِيَةً لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعِينُ الْحِطُّ
وَفِي الْمُرَاجَعَةِ لَوْنُهُ يَحْطُ تَبْقَى مَرَاجَعَةً كَمَا كَانَتْ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرِ التَّصَرُّفِ لَكِنْ يَتَفَاوَتُ الرَّيْحُ
فَيَتَخَيَّرُ بِذَلِكَ لَفَوَاتِ الرِّضَاءِ فَلَوْ هَلَكَ الْمُبِيعُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ حُدِثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ
الْفَيْسُخَ فِي بَيْعِ الْمُرَاجَعَةِ فَمَنْ قَالَ بِالْحِطِّ كَانَ لَهُ الْحِطُّ وَمَنْ قَالَ بِالْفَيْسُخِ لَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ
فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ لِأَنَّهُ مَجْرَدُ خِيَارٍ لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرَّوْثَةِ وَقَدْ
تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْهَلَاكِ أَوْ غَيْرِهِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ حَيْثُ لَا يَجِبُ كُلُّ الثَّمَنِ بَلْ

بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء
 الفائت فيسقط ما يقابل به عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احتراز اعماروي
 عن محمد ر ح في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن
 دفعا للضرر عن المشتري **قوله** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح لا كلام في وضع هذه
 المسئلة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها قال العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام
 عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث بان
 اشترى من مشتريه مشتريه * ونال ابو حنيفة ر ح شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول
 ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري
 تأكد ما كان على شرف السقوط والتأكد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا
 على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على
 شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة
 دراهم بعشرة والخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احتراز عن
 شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطي بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة
 دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة لان الصلح مبناه
 على التجوز والخطيئة ولو وجد الخط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت شبهة
 وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء
 الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب
 بان التأكد له شبهة الايجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق
 الشرع وشرعية جواز المراجعة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكد في المراجعة واما جواز
 البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتأكد فيه شبهة الايجاب كذا نقل
 من فوائد العلامة حميد الدين ر ح بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانفتت الشبهة **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مراجعة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة لعدم لجوازه مع الماني وهو تعلق حق المولى بمال العبد * وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستفيد بكسب عبده فصاركاً لما نفع من نفسه فاعتبر عدمه في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مراجعة على الثمن المدكور فيه وانما يبيعه على النسيء المدكور في الاول وانما يفيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاة شيئاً لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك العبد فكذلك لا يفيد محذور في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يفتقد الطحاوي والعتابي والحق قيد ولما ذكرناه **قوله** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالعنف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مراجعة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لفررح ففيه شبهة عدم * وجه قول فررح ان البيع مبادلاً لمال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً * ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انتطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشرى من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتتلاً على الفائدة ينعقد لان الاعداد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صنعة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة

لغائدة انقسام الثمن * واما ان فيه شبهة عدم فلما ذكرنا من تعليل زفر رجح وقد استوضحه
المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه
وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل والوكيل
فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة عدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح
لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة . لا شبهة في اصل
الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراجعة على ذلك **قوله** ومن اشترى
جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل
الجارية نفسها او غيرها وهي ثيب ولم ينقصها الوطى جازله ان يبيع مراجعة ولا يجب
عليه البيان لعدم احتباس ما يتأمله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يتأملها شيء من الثمن
قوله وانما اذا وقع قولنا لا ندلم يحتبس عند شيء يتأمله الثمن ولهذا الوفاقت العين قبل
التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وحفظ ذلك منافع البضع اذا لم ينقصها
الوطى لا يتأملها شيء من الثمن وعوض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري
اذا وطئها ثم وجد عيباً لم يتمكن من الرد وان كانت ثيباً وما كان ذلك الا باعتبار ان المستوفى
من الوطى بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد
باعتباره ان ردّها فاما ان يردّها مع العقر او بدونه لاسبيل الى الاول لان الفسخ يرد
على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني
لانهما تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطى للمشتري مجازاً والوطى يستلزم العقد
عند سقوط العقر * لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف رجح انه
لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعور او من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو
قول الشافعي رجح بناء على مذهب ان الاوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان
التعيب بآفة سماوية او بصنع العباد فلما اذا افقأ عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

النسخ قلنا فيكون جوا بالقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فاق المشتري عينها
 بنفسه او فاقها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مراجعة لانه
 صار مقصودا بالاتلاف * اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه * واما
 اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل
 جزء من المعقود عليه فيمنع المراجعة بدون البيان * وعبرة المصنف رح تدل بالتنصيص على
 اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد رح في اصل الجامع الصغير * وقال في النهاية كأن
 ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فاق الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان
 الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه * ثم قال والدليل على هذا اطلاق ما ذكره
 في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش * وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا اذا وطئها وهي
 بكر لا يبيعها مراجعة الا بالبيان لان العدة جزء من العين يتأبها الثمن وقد حبسها فلا بد
 من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا
 قطعه ونص ابو اليسر رح على انه بالغاء او حرق نار جازان يبيعه مراجعة من غير بيان لان
 الاوصاف تابعة لايقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشرة وطية لا يبيعه مراجعة بلا بيان لانه صار
 مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين **قوله** ومن اشترى
 غلاما بالف درهم نسيته ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيته فباعه بربح مائة درهم
 ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل شبهها بالمبيع
 فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصاركانه اشترى
 شيئين وباع احدهما مراجعة بثنهما والمراجعة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة
 ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم
 واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعور العين واجيب
 بان الزيادة هناك ليست منصوفا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول

ان اجلتي مدة كذا فثممه يكون كذا بزيادة مقداره فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فبا اعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يستطشع من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قوله** وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمراجعة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمراجعة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف دالة لما ذكرناه ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة * وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزبوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسياتيكم من بعد في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد رح انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصالة في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البخاري يقوم بشئ حال وشئ من اجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لزمه منجهم معتاد كعادة بعض البلاد يشترىون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهرا ما جداته او منجما قبيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قوله** ومن ولمن رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وايتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبيغ والتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه في البيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه ما الصحة فلان الفساد لم يقع بعد فكان فسادا بحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

واحدة وصار كتابا خيرا القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح نظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فسادة بعد منه فيه واما خيار المشتري فلخلل في الرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهالة في الصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

* فصل *

وجه ايراد الفصل مظهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تنبذها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل نقلا حسيا وهو المراد بقوله يحول فسر به لئلا يتوهم انه احتراز عن المذنب لم يجز له ان يبيعه حتى يقبض لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطل لانه جملة على مالك روح في تخصيص ذلك بالطعام * ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه عليه السلام قال اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيء اعادة بخلافه لان ابن عباس رضي الله عنه قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مراد او كان ذلك معروفا بين الصحابة رضي الله عنهم حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا إلى ابن عمر رضي الله عنه انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيت له قنني رجلا فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجلا من خلفي بذواعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزة إلى رحلك فان الرسول عليه الصلوة والسلام نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يتل لم يجز له التصرف لتقع المسئلة على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد روح وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد

العقد لا يكون الا بالتقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نقذا من الهبة بدليل ان الشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تسليمك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فلهبة اولى **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول * وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه عليه السلام نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعتراض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جواز قبض القبض ثبت بالنص على خلاف التماس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ربح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمتناول لجماع عدم القبض فيهما وصار كلاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجماع اشتبا لهما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عند شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغ غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المتناول فان المانع فيه موجود * ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عادله الرد * هو الاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر النسخ * واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول بدله لم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدلا لئلا يجوز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المقتول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض * سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا * سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناول فرديا * واعلم اني اذكر لك ما سنع لمي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المقتول وغير المقتول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو ما ان يكون معلولا بغير الانفساخ اولا فان كان قد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مشندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز ذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق ح والاعمال متعبر لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق

الصداق وبدل الخلع فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب **قوله** والاجارة جواب عن قياس محمد بن ح صورة النزاع على الاجارة وتقريبه انها لا تصلح مقبضا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع * وقيل لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول **قوله** ومن اشترى مكيلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد و اراد التصرف فذلك على اقسام اربعة * اشترى مكيلة وباع مكيلة * واشترى مجازفة وباع كذلك * واشترى مكيلة وباع مجازفة * او بالعكس من ذلك * ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله * وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار * وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشترى مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف رح لان الزيادة له واعتراض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلة فاكثاله على انه عشرة اققرة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هوائني عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول * وفيه من التسهل ما ترى * وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة فغيرها اذا هوزا ئد على ما ظنه والزائد للمشتري * ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان ايمان من التصرف هو احتمال الزيادة

(كتاب البيوع - *باب المراجعة والتولية* - فصل)

ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير
وجوده لا يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه أولى * ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض
كما في قوله تعالى إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دَعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ * وفي الرابع
يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز
التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعاً واما المجازفة
فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول
الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بان
دعوى مجردة واجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى وَاحِلَ اللَّهُ
الْبَيْعَ يَقْتَضِي جَوَازَهُ مُطْلَقاً وَهُوَ مُخْصِصٌ بِآيَةِ الرِّبَا فَجَازَ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ
وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما
يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل * ثم في قوله اشترى مكيلاً اشارة
الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا
لو وقع ثمناً كما سأتى * وحكم بيع الثوب مزارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة
له اذ الذراع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد
به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس
كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به
معلوماً ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى
به اظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوماً بكيل واحد

واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كره فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كراوا مررب السلم يقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكثاله ثم اكثاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين * واعلم ان في كلام المصنف روح ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولافهما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون فيه عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فلا كفاءة بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بخضرة مشترية يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفتان كما في اول المسئلة وما سيأتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا * واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا لما ذكرنا * ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والا كفاءة بالكيل الواحد رخصة وقياس واستحسان لكان مدفعاً جازياً على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود معدداً فهو كالمذروع فيما يروى من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية من ابي حنيفة رحمه الله لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قدمرانه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع
 مذارعة وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة ر ح وهو قول الكرخي ر ح لانه لا تحل له الزيادة
 الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها
 اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون
 في الموزون **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض
 جائز سواء كان مبالا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلاد را هم
 او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عندهما كذا يبيع الابل
 بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله
 صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر
 الانقاسخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قوله** ويجوز
 للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة درهم ثم زاد عشرة مثلا او باع
 عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك
 فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة
 المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي
 بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع
 يرجع المشتري على البائع بهما * واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان باصل العقد
 عندنا وعند فرو الشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
 اي الهبة ابتداء ولا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح
 يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن
 تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز * وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع
 فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا

غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر و رابح و عدل فالزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا و العدل رابحا و الخط يجعل الرابح عدلا و العدل خاسرا و كذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهن من التصرف في اصله نصار كما اذا كان لاحد العاقلين او لهما خيار الشرط فاستطاعا الخيارا وشرطاه بعد العقد فصح الاحتاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يستحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف رح بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انها لم يقصد اذ لك او يصير هبة وقد كان قصد هما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لالمانع فيلحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خرو ليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة * ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط **قوله** وانما كان للشفيع جواب سوال مقدرة تقريره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له
وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما
بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح
الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ ثبت ثم يستند ولم تثبت
الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخطا لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه
اسقاطا والاستلزام ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلتحق باصل العقد
استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع *
ووجهه انه يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري
على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين
لا بالمحل واشتراط المحل لا ثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد
في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت
في مقابلة الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط
بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بشئ حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن
حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار
مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل
كالقرض * ولما ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل
اثبات براءة موقته الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن
فلان يملك البراءة الموقته اولى * وان كان الثاني فلا يخلو ما ان تكون الجهالة فاحشة
او يسيرة فان كانت الاولى كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت
الثاني كالحصاد والدياس جاز كالصفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح
مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً لكل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلته واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بانظا الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لارد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جواز فاعتمدنا على الابتداء وتلما بجوازه بل لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بشجرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعتب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رح الا تصنف شيء في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربح المال اي زاد وينسب فيقول ربوي بكسر الراء ومهنة الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له
وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما
بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت
الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخطا لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه
استقاطا والاستقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلتحق باصل العقد
استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع *
ووجهه انه يجعل المعقود عليه قائما تدبر او يجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري
على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين
لا بالمحل واشترائط المحل لا ثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد
في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت
في مقابلة الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط
بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بشئ حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بشئ
حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صحيحا صار
مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل
كالقرض * ولما ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل
اثبات براءة مؤقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن
فلان يملك البراءة المؤقتة اولى * وان كان الثاني فلا يخلو ما ان تكون الجهالة فاحشة
او يسيرة فان كانت الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت
الثاني كالحصار والدياس جازا كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح
مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلته واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جواز فاعتمدنا على الابتداء وقتلنا بجوازه بل لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بشجرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا ان نهى يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد ربح الا تصنف شيء في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربح المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا

في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال الربوا**
محرم في كل مكيل او موزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال
او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة اي لوجوب المماثلة هو الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس **قال المصنف** ربح ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه
يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور
الذي تلقته العلماء بالتعبون وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمنزل يد ايده والفضل ربوا
وعدا الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومدارة
على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان
رضي الله عنهم ويروى بر وايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى
الاول بيع التمر حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره
ومعنى الثاني بيعوا التمر * والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي
كبلاً بكيل وكذلك في الموزون وزناً بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن
لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع
صدق الاسم عليه * ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث
عبادة بن الصامت رضي الله عنه جيدها ورديها سواء وكلام رسول الله عليه الصلوة والسلام
يفسر بعضه بعضاً فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف
الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة
الشهادة اذ امات * كذلك المراد الامر بالكون البيوع على صفة المماثلة وقوله يد يده
المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي ربح قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل
من حيث الكيل حرام عندنا وعند هذه فضل ذات احدهما على الآخر حرام والحكم
معلول باجماع القائلين احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البستي من

من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه
من القدرو الجنس وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط
لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها
اثر في تحريم النساء فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي
العلة وسيأتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين
التقابض والمماثلة لانه قال يدايد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا
في رواية النصب* وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة
على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فاذا كان عزيزا خطيرا فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء
الانسان به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية
في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير
وللطعم والتمنية اثر عنده كما ذكرنا وليس للجنسية اثر امكن العلة لا يكمل الا عند وجود
الجنس فكان شرط لان الحكم قديد ورمع الشرط وجود اعده لا وجوبه ولنا ان الحديث
اوجب المماثلة شرط في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط
ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلثة لتحقيق معنى البيع فانه
ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما
انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه اوصيانه لا هو ال الناس عن التوى
لان احد البدلين اذا كان انقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل او تنسيما
للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان في النقيدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت
المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك ونفيه نظر لانه
خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدر الا بيان المماثلة

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا للآخر لم تنم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انتقص يكون نفعاني حق احد المتعاقدين وضرراني حق الآخر واذا كان مثالا للآخر يكون نفعاني حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل ان يقول هذه الالوجه الثلاثة المذكورة لا اشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لانها لا تنك عن التقابل وعيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لاعلة ليتصور التخلف * واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام ام غيرة وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام غيرة وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب منه **قوله** والمماثلة بين الشيئين بيان علىة القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعياري يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك تفيز حنطة بقميز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط للجواز البيع في الربويات وعللناها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداءً واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا ثابتناه في غيرها تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس فيظهر الفضل على ذلك

ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سوال تقريره ان المماثلة كما تكون بالتقدير والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالمية * والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتبارها سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات اول قوله عليه السلام جيدها وورديها سواء **قوله** والطعم والشمية جواب عن جعله الطعم والشمية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيها الاطلاق لشدة الحاجة اليها دون التضييق الا يرى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يؤثر في حرمة المباح بل سنة الله تعالى جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لو جرد المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرناه من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لو جرد مقتضى وهو المباداة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروى وان تفاضلا لم يخزل تحقق الربوا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا متماثلا **قوله** ويجوز بيع الحفنة بالحفتين اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقيق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل

في الحفنة والحفنتين فتتقى الممانلة فينتفى تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا
 اي ولان الحفنة والحفنتين لما لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف
 لامثلها فلو تعينت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات
 الامثال دون التيم وعند الشافعي رح لا يجوز لان علة الحرمة هي الطعم وقد وجدت
 والمخلض المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود
 الطعم وعدم المساوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات
 من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير
 في الشرع بمادونه واما اذا كان احدا البديلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه
 فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا باع ماكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
 متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم
 والتمنية **قوله** واذا اعدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما ان يوجد او يعد ما
 او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء
 لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا
 وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عند عدمهما لان العدم
 يثبت شيئا * واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم
 هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما
 حتى لو باع عبدا بعد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رح الجنس
 بانفراده لا يحرم النساء لان بالتقدير وعدمها لا تثبت الاشبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة
 الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد
 فالشبهة الاولى قبل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة
 فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص

ص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لانزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنته لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما نحن فيه مما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظر الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كما في الهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم والنقدية او جبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين * احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية او جبت فضلا شبهة فصا وشبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وتمه شبهة اخرى وهي التي في العلة وبشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل المشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكما لها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين * بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

ان النبي عليه السلام جهز جيشا فامرني ان اشري بغيرا بيعيرين الى اجل للشافعي رح *
وبما روى ابو داود في السنن عن النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الحيوان
بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعا من ذلك
فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النساء فكان الاستدلال به اولي
من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا
على حرمة النساء في كمال العلة لافي شبهتها وقوله الا انه اذا سلم استثناء من قوله
فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام
النقود في الزعفران لوجود الوزن كالسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه
كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه
اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي معربة سبك ترازو
ونقل عن الفراء ان السنين افسح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين
واما الثاني فلان الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه
لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
عشرة دنانير مثلا وقبضها البائع صح التصرف فيها قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه
منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما النقد ر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجنا
بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزني عليهما بالاشتراك
اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة * وفي عبارة
المصنف رح تسامح فانه قال فاذا اختلفنا بصورة ولم يختلفا معنى ولهذا قال شمس الائمة بل

بل نقول اتفاهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة رح وقال العراقيون في وجه ذلك انما جازلان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلولم يجز لو جود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فآثر الشرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولنا نقول به **قوله** وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل ما نص رسول الله عليه الصلوة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدان وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدالان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها هي عادات الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رح اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا الرباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما مضى الطحاوي رح لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الا علام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه

ذكر في المجرد من اصحابنا رحمهم الله ان لا يجوز فكان في المسئلة روايتان **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواني جمع اوقية كائني واثنية قيل هي على وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان * وكل ما يباع بالاواني فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن ان تعد يلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواني وزنا **قوله** بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم يتقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيها اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفصل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جازوا انما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فمرنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقدا صرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس قوله يعتبر خبرنا ان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عليه الصلوة والسلام النخعة بالفضة هاء وهاء معناه يدايد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء مددود على وزن هاء ومعناه خذاي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدايد جرا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كزحطة بكرحطة او بغير جنسه كزحطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لاعتن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في الحديث المعروف يدايد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آله فهي كناية

كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد مزينة فتثبت شبهة الربوا كالحال
 والمؤجل ولنا أن ما سواه مبيع متعين لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط
 فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين
 لأن الغائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكّن من التصرف وذلك يترتب على التعيين
 فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله
 بخلاف الصرف فإن القبض فيه ليتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود وقوله ومعنى قوله
 عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليل له
 على القبض * والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة
 أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجتماع المركب
 أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما
 على الآخر وقوله يدايد يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آله كما تقدم وأن يكون التعيين
 لأنه إنما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل
 على المحكم ولا يقال لزومكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا
 يدا بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأننا نقول جعلناه في الصرف
 بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المجال كلها
 لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب
 بيع إناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط
 وإجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثنا خلقه كأن فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا
 كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها وأعرض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقكم في أن الاثنان
 لا يتعين بالتعيين وأما الشافعي رح فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب أنه ذكره
 بطريق المبادي ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه أن المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالمية
 صرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجا ولا يفصلون في المالمية
 بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا **قوله** ويجوز بيع البيضة
 بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جازان كانا موجودين لانعدام المعيار
 وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فإن قيل الجوز والبيض
 والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالآخرين أجيب
 بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل ذلك
 في حقهم وهو ضمان العد وإن واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم
 فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا * **قوله** وخالفنا الشافعي رحمه الله لوجود الطعم على ما مر
قوله ويجوز بيع الفلوس بالفلسين باعيا نهما بيع الفلوس بجنسه متفاضلا على أوجه *
 بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانها * وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيا نهما * وبيع فلس
 بعينه بفلسين بغير أعيانها * وبيع فلس بعينه بفلسين باعيا نهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع *
 أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاصطلاح الناس على إهدار قيمة
 الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا *
 وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلوس المعين وطلب الآخر فهو فضل خال
 عن العوض * وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان
 ما استوجبه في ذمته فبقي الآخر له بلا عوض * وأما الوجه الرابع فجوزة أبو حنيفة
 وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية في الفلوس تثبت باصطلاح الكل
 وما ثبت باصطلاح الكل لا يطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثنا
 وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانها وصار كبيع الدرهم
 بالدرهمين وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة مادامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو

لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل
العقد كالذهب والنضة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما
عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها
اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تكون عروضا
ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس
ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز
ان تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلاحا على كونهما
عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية
وفيه نظر لانه ينافي قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما
ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما * او بشرط ان يكون من سواهما
متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت
عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صغر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب
المصنف ر ح بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومماثلة الواحد بالاثنين
اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد ملزوما
للمثنية حتى ينتهي بانتفاؤها فبقي معدودا * واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد
بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم
ولو ضم الي ذلك والاصل حملة على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد
عليها مطلقا وفي غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد **قوله** نصا ركا لجوزة
بالجوزتين بيان لانفكاك العدديّة من الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله
كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله
بخلاف ما اذا جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانها فان ذلك لم يجز لكونه كالثما

بكالى اي نسيئة بنسيئته وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احد هما بغير عينه جواب
من القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء
قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا
لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء
الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر
زائلا من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة
والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما يستغنى من الحنطة
لا يستغنى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق
وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة
من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو ما ان يكون
الدقيق حنطة او لا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب
الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساوييهما
وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة
فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تنتهى بالمساواة في الاصل وعلى
ما ذكرتم في هذا الفرع ثبتت حرمة لاتنتهى فصارت مثل ظهار الذمي على ما عرف واجيب
بان حرمة الربوا تنتهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة
النساء لاتنتهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة
تنتهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا بكيل التحقق الشرط وهو وجود المساوي * ومتساويا كيلا بكيل قيل حالان
متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين
وفائدة ذكر الثانية نفى توهم جواز المساواة وزنا * حكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد

محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوى كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مثلية والسويق اجزاء واما مثلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود بدان يلبت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يد ابيد * والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضركا لمثلية بغير المثلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس * المثلية هي المشوية من قلى يتلى اذ اشوى ويجوز مقلوة من فلا يقلو والعكس هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتدد من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه الحنطة المسوسة بكسر الراء والمشددة **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه * منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلف على ما نبين * ومنها ما اذا باعه بحيوان بجنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا عتسارين في الوزن والا فلا * ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق * ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير جائز عند محمد رح الا اذا كان اللحم المفروز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل اي الشيرج بالسهم ولهما انه باع الموزون

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

بما ليس بموزون لأن اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسهم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجيرة ويوزن الثجير وهو ثقله * وهذا في الحقيقة جواب عما يقال أن السهم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسهم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسهم يوزن ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السهم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسيتين أيضا فإن اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فإن قيل إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وههنا ليس كذلك أجيب بأن النسبة أن كانت في الشاة الحية فهو سالم في الحيوان وإن كانت في البدل الآخر فهو سالم في اللحم وكلاهما لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزة أبو حنيفة رَح خاصة وقال لا يجوز لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رَضَ حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال أو ينقص إذا جف فقبل نعم فقال عليه السلام لا إذا أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف * وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في اعدل الأحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك * وقوله فتال عليه السلام هو الهليل * ولا يبي حنيفة رَح المعقول والمعقول أما الأول فلأنه عليه السلام سمى الرطب تمرا حين أهدي رطباً فقال أو كل تمر خبير هكذا * وبيع التمر بمثله جائز لما روي من الحديث المشهور * وأما المعقول فما روي أن

ان ابا حنيفة رَحِمَ اللهَ ما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديد ادا عليه لمخالفتها الخبر فاجتمع بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمر او لا فان كان تمر اجاز العقد باول الحديث يعني بقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رض فقال هذا الحديث داثر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بان التريد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز باخرة فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة وقوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلي صنعة يغرم عليها الا عواض فصار كمن باع قفيزا بقبير ود رهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله تعالى ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتبارا بين النقد والنسيئة * وكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق * وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردى **قوله** وكذا الغناب بالزبيب يعني على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رَحِمَ اللهَ * وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها * وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلنا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم الغناب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصناعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للمشافعي رح لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز زكا الحنطة بالدقيق * ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر الملتع بالملتع او الزبيب الملتع بالملتع من انقع اذا اُلقي في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال في المال وهو حال الجفاف ومنزعه حديث سعد رض وابو حنيفة رح يعتبرها في الحال عملا باطلاق الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف رح الا انه ترك هذا العمل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رح الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولتقابل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل **قوله** ولو باع البسر بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما تنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائزا لاجتماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستمر في جوفه بالتمر جائزا متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة **قوله** والكفري عددي متفاوت قيل هو جواب سوال تقريره لولم يكن تمر الجاز اسلام التمري الكفري لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت

متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت أحاده في المالمية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة **قوله**
 ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسسم بالشيرج الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن
 الايض ويقال للعصير قبل ان يغير شيرج وهو عرب شيرة والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسسم *
 واعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن
 ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قمير حنطة علكة بتقير مسوسة من غير
 اعتبار ما في الضمن * واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالقمير *
 والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية
 ما يستخرج من الزيتون اولا * والثاني لا يجوز لتوهم الفصل الذي هو كما تحقق في هذا الباب *
 والاول اما ان يكون المنفصل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقيق الفصل وهو بعض الزيت
 والتجيران تنص المنفصل من المستخرج من الزيت والتجير وحده ان ساواه على تقدير
 ان يكون التجير ذاقمة * واما اذا لم يكن كما في الزيت بعد استخراج السمن اذا كان السمن
 الخالص مثل ما في الزيت من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة ر ح والاول جائز
 لوجود مقتضي وانتفاء المانع * والشيرج بالسمسسم والجوز بد منه والبن بسمنه والغلب بعصيره
 والتمر بد بده على هذا الاعتبار ولقابل ان يقول السمسسم مثلا يشتمل على الشيرج والتجير *
 فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسسم
 مطلقا لان الشيرج وزني والسمسسم كيلبي * او من حيث الاثر اذ يجوز بيع السمسسم بالسمسسم
 متفاضلا صر فالكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كرحنطة وكر
 شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او التجير منظورا اليه فقط
 والثاني منتف عاده والاو لا يوجب ان لا يقابل التجير بشيء من الدهن وليس كذلك
 والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسسم بالسمسسم
 متفاضلا قوله صر فالكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه فلذا ذاك اذا كانا

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

منفصلين خلقة كما في مسألة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والشحير ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا * ف قيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو
نظير الحنطة بالدقيق * وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلهما موزون * وان خرجا
من الوزن او خرج احدهما من الوزن لابس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان
وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف
ماروي عن محمد ر ح ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا **قوله**
ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف
باختلاف الجنس كالبقرو الجواميس والبيخاتي والعراب والمعز والضأن فلا يجوز بيع
لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف
كالبقرو الغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا **قوله** وكذلك الالبان وعن الشافعي ر ح
ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحد اولئنا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة
كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات
والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالطيور فان بيع لحم بعضها
ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلي فلم يتناول القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا **قوله** اذالم تبدل
بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذالم تبدل
الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا
كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكأنه يقول
اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذالم تبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجب
وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع

مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف
الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الغضة غالبية
فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول **قوله** وكذا خل الدقل بخل العنب
الدقل هو ارضي التمر ويبيع خله بخل العنب متفاضلا جائزا يبيد وكذا حكم سائر التمر
ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مخرج العادة * وانما جاز
التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرا هما يعني الدقل والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا *
وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل
فان المقصود هو المقصود فاختلفه يوجب التغير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر
يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد
فكان الجنس متحدانا لاننا انسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر لبن الغنم فلا يتحد
القصد اليهما والاولى ان يقال فلنا اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد
الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول * فالاصل ان يوجب
اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد
الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر
عليه نقض * ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر
المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مرو بالنظر الى المقصود جنسان
فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيح الجانب الحرمة لان المقصود راجح
قوله وكذا شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاجسا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

في الذهن عند تصوّر ولا شك في ذلك عند تصوّر هذه الأشياء * واما اختلاف المعاني
فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة * واما اختلاف المنافع فكافله
الطب **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحطّة والدقيق بيع الخبز بالحطّة والدقيق اما ان يكون
حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والاخر نسيئة فان كان الاول جازلا لانه صار
عددا او موزونا فخرج عن كونه مكبلا من كل وجه والحطّة مكيلة فاختلف الجنس
وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير في داي لا يجوز *
والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير *
وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحطّة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان
الاول جازلا لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صنفه ومعرفة مقداره * وان كان الثاني
جاز عند ابي يوسف رح لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما ذكر قال المصنف رح
والفتوى على قول ابي يوسف رح وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح يعني قول ابي يوسف رح وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن
يجب ان يحاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً
بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة رح عددا او وزنا لانه يتفاوت
بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقّة وبالخبز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور
في كونه جديداً فيجب خبزه جيّداً او عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول
التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد رح يجوز
استقراضه عددا او وزنا لترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا
ولا يجوز عددا للتفاوت في أحادة **قوله** ولا ربوا بين المولى وعبد ولا ربوا بين المولى وعبد
المأذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع
فلا يتحقق الربو فعدم تحقق الربو بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

الربوا دليل على عدم جواز البيع وإذا كان عليه دين تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه
عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالا جنبي
فيحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاة **قوله** ولا بين المسلم والحربي
في دار الحرب لاربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلاف ابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا
فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم
ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق
بعقد البيع * ولا يحنيفة ومحمد رحمهما الله ما روى مكحول عن النبي عليه الصلوة والسلام
انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال
اهل الحرب في دراهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد
الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضا زال المعنى الذي خطر لاجله
قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقديره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل
لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة
* باب الحقوق *

قبل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع
الا ان المصنف رح التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا
وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قوله** من اشترى
منزلا فوقع منزله ذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسره ليتهين ما يترتب على كل
اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه **قوله** الدار اسم
لما دبر عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه
مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

فمن اشترى منزلا فوَقَه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتره ويصرح بذكر
 احدى هذه العبارات الثلاث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقة او بكل قليل وكثير
 هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوَقَه بيت وذكر احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى
 ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكيف وهذا لان
 الدار لما كان اسما لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل
 واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره
 والالكان الشيء تابع لمثله وهو لا يجوز ولا يشكك بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف
 باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ
 الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول
 الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاشارة والكتابة ذلك فان
 لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالته وانما ملك الاشارة لانها
 تملك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
 المستعمل حذرا عن وقوع التغير به * والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف
 ما يوصله الى مقصوده وفي كتابته عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة
 واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانيين فلشبهه بالدار يدخل العلو
 فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
 في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه
 نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو
 عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول
 متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكيف وهو المستراح لانه
 من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف

والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رح * وفي المغرب وقول النقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الأبدى كرماد كونا وهو قوله بكل حق هوله عند أبي حنيفة رح لأنه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشا به الكيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لأنه جعل المفتح في الدار **قوله** ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر إحدى العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلًا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدون الدار لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحده الضمير لكل واحد وبتأويل المذكور وقد يستأجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة والله اعلم بالصواب

* باب الاستحقاق *

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل بيينة فانه

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

يأخذها وولدها وان اقر المشتري بها الرجل لم يتبعها ولدها * ووجه الفرق ما ذكره ان البينة
 حجة مطلقة في جق الباس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على
 البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
 وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير
 يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت
 بالضرورة يتقدر بتقدير الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهم
 ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على
 بعض فلا يكون الولد له يعني ان الم يدع المقر له الولد * اما اذا ادعى الولد كان له
 لان الظاهر شاهد له كذا في النهاية نقلا عن التمرقاشي ثم ان اقصي بالام للمستحق بالبينة
 هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعام لا * قيل يدخل لتبعيته لها * وقيل يشترط القضاء بالولد
 على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح
 لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد ربح اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد
 لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام
 لا يكون قضاء بالولد **قوله** ومن اشترى عبدا اذا هو حر رجل قال لا خراشني فاني
 عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلوا ما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون
 غائبا غيبة منقطعة لا يدري اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني
 رجع المشتري على العبد والعبد على البائع * وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل
 اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم * ولن قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع
 المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا غيبة كانت وعن
 ابي يوسف رح انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد
 اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار

هو الاخبار كاذب انصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية
ولهما ان المشتري اعتمد في شراءه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد
اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء
بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا
عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون
على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد
بظهور حرية اهل الضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للمضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه **قوله** والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما
من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتما ما ببيان
اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره
عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا غيبه لصوص سلبوا امواله
لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه
غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة * واذا عرف هذا ظهر الفرق
بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن
بيد ابي الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا
برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام وان لم يكن معاوضة فلا يجعل الامر به
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة
ضرب اشكال على قول الشيخ في حقه وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبدا ما ان يدعي الحرية اولا فالاول
تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رح فاذا العبد حر يحتدل

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

حرية الاصل والحرية بعناق عارض فان اراد الاول فله وجهان * احدهما ما قاله عامة
المشائخ رحمه الله ان الدعوى ليس بشرط فيها عند تضمينه تحرير فرج الام لان الشهود
في شهادتهم يحتاجون اليقين الام وفي ذلك تحريرها وتحرير اخواتها وبناتها
فانه اذا كان حرا الاصل كان فرج الام على مولاة حراما وخروجه الفرج من حقوق
الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامه وان لم تكن الدعوى شرطا لم يكن
التناقض مانعا * والثاني ما قاله بعض المشائخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل
ايضا عنده لكنه يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء
فالتناقض فيه معفو كما ذكر * وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض
لا يمنع صحة الدعوى في العتق لئلا يعلو الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد
اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البيعة على الطلعات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها
لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالما عند الخلع ثم علمت وانما يتد بالثلث لان فيما
دونه امكن ان يقيم الزوج بيعة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة بينتها قبل
يوم اربعة وعشرين واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل
الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اتمامها البيعة على ما اوردناه
قوله ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار يدرجل فصالحه الذي
في يده على ما ندرهم فاستحققت الدار الا اذا ما منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان
يقول دعائي في هذا الباقي وان ادعاهما كلها فصالحه على ما ندرهم فاستحق منها
شيء فجمع بحسبه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم فتقسم
المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول
على المعلوم جائز لان الجهالة فيه لا تستلزم تقضي الى المازعة قالوا ودلت ايضا على
ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك
فحينئذ تصح وتقبل البينة والمدا علم بالصواب

* فصل في بيع الفضولي *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق
لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك
بغير اذني فهو عين بيع الفضولي * والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه
على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس
بوكيل وفتح الفاء خطأ **قوله** ومن باع ملك غير بغير امره فالملك بالخيار ومن باع ملك
غيره بغير اذنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذاهب مالک
رح و احمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد
لان لم يصدر عن ولايد شرعية لانها بالملك اربا ذن المالك وقد نقضوا ما لم يصدر عن ولاية
شرعية لا ينعقد لان الالفة لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر
من اهله في محله فوجب القول بانعقده اما انه تصرف تمليك من قبيل اخافة العام
الى الخاص كعلم النقة فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك
من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد
بالاسباب الشرعية احكامها فان لم يند تصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم
يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لم يذکر اذ احكاما موقوفا كما ان السبب
البات اذ احكاما باتا وان السبب انما يلغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع
بشرط الخيار * واما صدوره من الاهل فلان اقلية تصرف بالعقل والبلوغ * واما المحل
فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام المالك للعاقد في المحل لا تعدم المالكية المتقوم
الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جاز الاذن لا يجعل غير المحل محلا * واما وجوب

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

القول بانعتاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمنع الا مانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجارة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فتثبت القدرة الشرعية تحصيل هذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك منكر ابقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله عليه الصلوة والسلام لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذا العجز عن التسليم الا يرى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عروة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام اعطاه ديناراً ليشتري به ارضية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ثرا بربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لانه دعوى بلاد ليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمتقول انه عليه الصلوة والسلام امره ان يشتري له ارضية ولو كان لنقل على شبيب المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعث فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعث هذا العين لفلان فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف * وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعث او قال

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضى الغير * وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير * والى هذا الوجه اشار المصنف رح بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثلثين دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثلثين عين * فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه فكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثلثين مملوك للمالك امانة في يد الفضولي * وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باعه ثمنيا لمملكه بالعقد لا اجازة عقدا لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثلثين مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لان الثلثين اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذلك الكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في المكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عجز نقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبى ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو ملك المالك لا ينقذ باجازه الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثلثين دين او عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع النضوي)

وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية
وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات
على الحل الموقوف لانه يطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف
دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل
نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع
في قول ابي يوسف رح اذ لا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاء ثم رجع ابو يوسف رح
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع
فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذا الاصل
البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لاثبتة
ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة
قوله ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف رح ما رويت
لك عن ابي حنيفة رح ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد رح
بل رويت اي ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما
ثبت في الاخرة فهو مسند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق
اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما رويناه ولا يشكل بالملكاتب فان اعتاقه
جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه
واستوضح المصنف رح بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم

ثم يؤدى الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يحجز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه وان لم ينفذ ما هو اسرع نفوذ افلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفاً ولا اعتاق يجوز ان يثبت موقوفاً على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا انتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقاً في بيع موقوف وبالقياص على اعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقاً في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف رح للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد رح عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والمالك ههنا بلا اجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المالك في كسبه وههنا الثابت للمشتري *
من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام
المصنف روح مضاف أي غير موضوع لفائدة حقيقة الملك لتساوي الكلامان * على أنه
ليس بواردان البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد وقوله
بخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة الثانية فإن البيع بالخيار
ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فإن قوله على أنني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط
بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم
كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب
عن الثالثة ووجهه ما قال لأن بالأجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك
موقوف لغيره بطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد
وفيه بحث من وجهين الأول أن الغاصب إذا باع ثم ادعى الضمان ينقلب بيع الغاصب
جائزا وإن طرأ الملك الذي يثبت للغاصب بإدعاء الضمان على ملك المشتري الذي
اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاله لكان مانعا
عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك
المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الأول بأن ثبوت
الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع
الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع إنما يكون بعد الوجود وما
المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فإبطال الموقوف لما ذكرنا
أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود
رفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف
وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله إذا ادعى الغاصب الضمان جواب

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال رح في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف رح وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحققة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يملكه من جهته فلهد لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد **قوله** فاذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالا جازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالا جازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا يملك الاصل واعتراض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر للزوج فاجاز صح التفويض دون التخليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجودة لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجودة متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعند هاتين الملك

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجد من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد ر ح في عدم تجويزه الاعتاق في الملك الموقوف لما اندلوم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء النضمان والعذر ابي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجهه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعاده كذا في النهاية * وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد ر ح لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجهه دون وجهه * وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لان هذا اقرب ويتصدق بزيادة على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فمما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه فلا يطيب الربح الحاصل به * وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجهه وهذا كما ترى توزيع الوجهين

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

الوجهين في الكتاب على الاعتبارين فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجز المالك بيعهما وان لا يجز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضة النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز نقلنا لاجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيترجم لان الصحة في العقود اصل فعارضته * على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالما عما يعارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح **قوله** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لا متناع ايجاب البذل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البذل لانه لا هلك للمشتري عند القتل ملكا يقابله البذل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا للبذل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البذل لانه يكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البذل

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق - * فصل في بيع الفضولي)

كان البدل للمشتري **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال
المشتري ارد البيع لانك بعته بغير امر صاحبه وحسد البائع ذلك فاقام المشتري البينة
ان رب العبد او البائع اقرانه لم يامر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبني على صحة الدعوى
فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وهما بطلت الدعوى للتناقض لان اقام المشتري
دليل على صحة الشراء وان البائع ملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل
على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة
صحتها القبول البينة وان اقر البائع بذلك اي انه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئاً ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار
حجة قاصرة لا يتعدى الى حق الغير فاذا ساعد المشتري على ذلك فتحقق الاتفاق بينهما
فجاز ان ينقض وذكرا المصنف روح مسئله الزيادات نقضا على مسئله الجامع الصغير
وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك
ثم اقام البينة على البائع انه اقربان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال
وفرقوا اي المشائخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في
مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع
بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي
في مسئله الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له
حق الرجوع لوجود ان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات
ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء
التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع
قبل البيع في مسئله الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض وفي مسئله الزيادات اقام البينة
على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة * قال صاحب النهاية ولم يتضح لي

لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع
الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع
بعد المار ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقرب ذلك ويشهدون به
ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم * والواضح في الفرق ما ذكره المصنف رح على
ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري غير متناقض
من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبطل
المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة والنزوم بعد الاقرار به من حيث
الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد
فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني
لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر
الامكان فصرنا اليه **قوله** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصه غيره بغير امره
وادخلها المشتري في بناءه قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع
اي قيمة الدار عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخر او كان يقول ولا يضمن البائع
وهو قول محمد رح وهي مسألة غصب العقار على ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احد هما شرح في بيان
ما يشترط فيه ذلك * وقد م السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين
فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن * وفي اصطلاح
الفقهاء هو اخذ باجل باجل قبل هو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة
شرايط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسام ولو قيل
بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك * وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

اسلمت اليك عشرة دراهم في كرحنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا
 رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه * ولو صدر الاجاب من المسلم اليه
 والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازها سند كرفي اثناء كلامه **قوله** السلم عقد
 مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب
 فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم
 بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما *
 ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله احل السلف
 المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى
 يا ايها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الاية فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به
 قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به * وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما
 في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا اذ معناه الواجب في الذمة واما السنة
 فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
 ورخص في السلم والقياس يا بى جوازها لانه بيع المعدوم اذا لم يبيع هو المسلم فيه لكان تركاها
 بالنص **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات
 لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب
 ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضى
 الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمين ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل
 قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازها في المكيلات
 والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون
 تمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد ببيعاً بضمن مؤجل
 تحصيله لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى

عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش * وهذا الاختلاف فيما اذا السلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليتمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصد ابدال الحنطة بالدراهم * واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دينار فانه لا يجوز بالا جماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجبا في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجبا فيه فلا يكون صحيحا **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازة في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتناع الجهالة فجاز الحاقها بهما * وعلى هذا التقريب سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا ان الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قول النبي عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب اننا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه ولكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

(كتاب البيوع — باب السلم *)

تفاوتا فاحصا ر الصابطين معرفة العددي المتفاوت تفاوت في المالية دون
الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف ر ح ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة ر ح
ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي
في المعدونات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر ر ح لا يجوز كيلا لانه عددي لا كيليا وعنه
انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا ان المقدار مرة تعرف بالعد و اخرى
بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره
والاصطلاح على كونه كيليا **قوله** وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس
عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله واما عند محمد ر ح لا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان
التمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما
فاذا بطلت التمنية صارت مثنى يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة
بيع الفلاس بالفلسين ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج
الى الفرق لمحمد ر ح بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثنى من ضرورة جواز السلم
فاذا مهمما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثنى وليس من ضرورة
جواز البيع كون المبيع مثنى فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فلا قدام على البيع
لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنتين **قوله**
ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز
بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي ر ح هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس
كالابل والسن كالجدع والشي والنوع كالنخت والعراب والصفة كالسمن والهزال
والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي عليه الصلوة والسلام امر
عمر بن العاص ان يشتري بعير ابيعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه الصلوة

الصلوة والسلام استقرض بكر أو قضاة رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان
بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في الملائمة باعتبار المعاني
الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما
زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة الملائمة لوضع الاسباب بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فتلما يتفاوت تفاوت فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير
ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي
فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لغزتها
في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله عليه الصلوة والسلام
بدليل انه قضاة من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك **قوله**
وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة
لا يوجد في العصافير والحمامات التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره
ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير
ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي
عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بحمل النزاع
لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه رفع
مالا مضاربة الى زيد بن خليفة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة
فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا
لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف رح نسامح لان الدليل
لمذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على
المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة **قوله** ولا في
اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

والكراع مادون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا متدّر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفصى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزن القيدة عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عدد الم يجوزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ح ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغاطه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاي وهي التبعة من التت ونحوه للثاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبرا وذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت

قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا فحينئذ وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي رح والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا للمالك والشافعي رح له على الرابع وهو دليهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبد وصلاحها وهو حجة على الشافعي رح فانه عليه الصلوة والسلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوق الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفي مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا

اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيب
وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فتبقى واجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير
ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه
كذلك واجب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه
كذلك **قوله** ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فاسلم
صحيح على حاله فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض
في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة
وهو باق ببقائها كالعبد الا بقى * وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة
الى جواب زفر ربح عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم
وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف
الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسد **قوله**
ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عدد الا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت
ووزنا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن
معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري
ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى
لو كان في بلد لا يتقطع جاز * وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال * ووجه الرواية الاخرى
ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كاصغار قبل يقال سمك ملىح وصلوح ولا يقال
مالح الا في لغة ردية وهو المقدد الذي فيه ملىح ولا معتبر بقول الرازي * بصرية تزوجت بصريا *
بطبعها المالح والطريا * لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزر نوخي كفى بذلك

حجة للفقهاء **قوله** ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي ، فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في اللحم وقالوا اذا وصف منه موضع معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه * وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمته وهزاله وسنه ومقداره * ومن المشائخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التأمل * ولا يبي حنيفة رح طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا يرى انه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تنفي الى الممازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن * وهذا يقتضي جواز في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع * والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذاك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة تكون وهذه الجهالة منفية الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جواز في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض

والقبض يعاين يعني ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلاً السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رخص استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلوة والسلام الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلماً مؤجلاً فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيلياً ووزن معلوم ان كان وزنياً فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلاً فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور ضرورة تحمله لالضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جواز بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لبيان الاجل فليتامل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذا القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لابدان يثبت على وجه تدفع به حاجة المفاليس والالم يكن مفيد الما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادراً على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مريض فبقي على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المحجوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

لما جاز ممن عنده اكرار حنطة آجيب بان السلم لا يكون الا بادننى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر **قوله** ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما لما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدها واختلاف في ادنى الاجل فقل ادناه شهرا استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا ففضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمه بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدرو قيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فرما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم المقدار والذراع كذلك او باع بذاك الاناء المجهول القدر يد ابيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يد ابيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندرا الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد او خرف او خشب او نحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاء لان فعليا بفتح الفاء ليس من ابنتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف رح استحسنه في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا اقربة بهذه القرية من ماء للتعامل

قوله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا الا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فتنتفى القدرة على التسليم اشارة الى ذلك قوله عليه السلام حين سئل عن السلم في ثمرة فلان اما من ثمر حائط فلان فلا ارأيت لو اذهب الله الثمر لم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله عليه السلام مال اخيه اراد به رأس المال اي لو لم تحصل الثمرة فباي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرا ني ببخارا او البساخي بفرغانه جاز العقد فان تعيين الخشمرا ن ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا بمثل صفة حنطة الخشمرا ن وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كاول **قوله** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبعة شرائط صحة السلم بموقوفة على وجود سبع شرائط عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء * وصفة معلومة جيدة اوردية ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف او عشرين رطلا * واجل معلوم والاصل في ذلك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

من المتقول ما روينا من قوله عليه السلام من اسلم منكم النخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان
الجهالة منضية فيه الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له
حمل بفتح الحاء وموؤنة ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمل فهذا ان
شرطان لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلا فالهما قالا
في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة بعني اذا جعل
المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جازوان لم يعرف مقدارهما
فكذا ينبغي ان يكفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال
ثوبان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا بي حنيفة رح انه ربما يوجد
بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة
قد رر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا
وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ماردة فاذا لم يكن
مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها * وقوله او ربما وجه آخر لفساده وهوان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل
المسلم فيه وايس لرئ السلم ح الارأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك
فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف رح بان الموهوم
في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنا في اذ القياس بخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيال
رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول
من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة
لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود
الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هي

هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم ان المعنى من الموهوم هو ذلك * وتيل بل هذه
 شبهة واحدة لان كلامها مبني على وجوده زبنا والاول اظهر وقوله بخلاف الثوب
 جواب عما قاساه عليه من الثوب * وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان
 الذراع في الثوب المعين صفة ولهذا الوجود زائد اعلى المسمى سلم له الزيادة مجانا
 ولو وجد ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق
 العقد على مقداره فكان قيا سامع الفارق * ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن
 ذلك فان البيع والاجارة لا ينتسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد
 ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كرحنطة وكرشعير
 ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رح لان المائة تنقسم
 على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته التحرز فلا يكون مقدار رأس مال
 كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
 وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن احد هما دون الآخر فانه لا يجوز
 عنده لان مقدار احد هما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة
 الآخر ايضا لا اتحاد الصنفين او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة * وقالوا
 في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للابناء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان
 كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراحمه
 مكان آخر لعدم ما يوجبها وما هو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر
 فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراحمه وقد عرف في موضعه وصار كالتقراض
 والغصب في تعيين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي
 عن محمد رح ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلمه فله الخيار
 ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعوض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كرحضة وشرط على البائع الحمل الى منزله
يفسد عقده اشتراها في المصر او خارجة بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان
البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيد الم يذكر
في التعليل ومثله يعد انتظاما وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها
يبطالها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة
ولا بي حينة رح ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشترط الاجل بالاتفاق وكل
ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين
للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم
لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها
يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارايت لو عقد العقد السلم في السفينة في لجة البحر
اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان
العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثرفيه الثمن والمسلم اليه
يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان
وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشائخ رحمهم الله
ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة
في احد البدين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه
وعندما يوجب له لان تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده ما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل
والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن

التمن اشترى شيئاً بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده
وعددهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو
اختيار شمس الأئمة رح لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات *
وصورة الاجرة استأجر داراً او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان
مكان الايفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم في مكان
تسليمها وصورة القسمة اقتسام دار او اخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد
مكيلاً او موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافاً لهما ويتعين
مكان القسمة **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له
حمل ومؤنة وهو الذي لو امر انساناً بحمله الى مجلس القضاء حمله مجاناً * وقيل ما يمكن
رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم
اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع
الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في
اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالمية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه
قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب
التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكاناً قيل لا يتعين لانه لا يفيد
حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ما ليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد عن
رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين المصرفي ماله حمل ومؤنة يكتفى به لان المصرف مع تبان
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل
وهي السلم والتمن والاجرة والقسمة * وقيل هذا اذا لم يكن المصرف عظيمًا فلو كان بين نواحيه
مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة منفضة الى المنازعة **قوله** ولا يصح

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

حتى يقبض رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذ الم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك ففسد *

اما اذا كان رأس المال من العقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الكالى بالكالى اى لنسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجلا بأجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميتها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جواز لان العروض تتعين في العقود فبترك شرط التعجيل لم يود الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب اى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اى ولا اشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا حدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعتاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا الايثت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائده التسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم العين وما اخذه عين فلورد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما هتاهى اذ الم يفد فائده لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذ ارد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه شك *

احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيدل سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا * والثاني ان المبيع في الاستصناع دين

دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عيناً
وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لانسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين
بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه
بتمام الصفقة وتماها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط
قبل الافتراق فلا يخلو ما ان يكون رأس المال قائماً ولا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط
لان ابتداء برأس مال هودين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء
اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز
خلاف الزفر فرح وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول
فانه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لفرح **قوله** وجملة الشروط جمعوها جمع المشائخ جملة
شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله
والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان
الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره
وبيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم
ما تتي درهم في كرحنطة مائة منهما دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين
باطل سواء اطلق المائتين ابتداءً او اضاف العقد في احد لهما الى الدين لفوات القبض ويجوز
في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً
اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طروقه
كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة طارئاً * واما اذا
اضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو قدر رأس المال قبل الافتراق صح وهذا
لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عيناً فكذا اذا كانت ديناً فصار الاطلاق والتقيد

سواء الاتري انه لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين
الدين فينقذ السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي عليه السلام نهى عن الكالي
بالكالي * وقيد بقوله مائة منهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع
الفساد لانها ليست بمال في حقهما **قوله** ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه
لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي
بالكالي فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فأت الشرط وهو معنى قوله
فلما فيه من تغويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري
فأش المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن
عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه
ولا التولية وصورتها ظاهرة وانما اخصهما بالذكور بعد ما دخل في العموم لانهما اكثر وقوعا
من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة
معروف فانه يولي غيره ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري
من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كدلقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك
اورأس مالكت يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبهها بالمبيع
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه
لا يصلح لذلك لستوطه بالا قالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا
لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه
واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم
ولان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولي واذا ثبت شبهه بالمبيع
والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما شبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض

قبض رأس المال في المجلس اعتبارا لالانتهاء بالابتداء آجاب بقوله لانه ابي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة واذا ثبت التسبيه وهوان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكاى بالكاى والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف رح دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان ادق على طريقة قوله في اول الكتاب ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله * ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم * بهن فلول من قراع الكتاب * قوله وفيه ابي في جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر رح هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول **قوله** ومن اسلم في كره فلما حل الاجل رجل اسلم في كره من الحنطة وهوستون قفيز فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كراوا مررب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل الاولى صفة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفته مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين **قوله** والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلم يتحقق الصفقة الثانية
 ليدخل تحت النهي * وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق
 وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير
 الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى
 فيبقى فيما وراءه كالباع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان
 فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكفر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكفر ففعل
 جاز لان القرض اعادة ولهذا ينقد بالفظ الا اعادة ولو لم تكن اعادة لزم تملك الشيء بجنسه
 نسبه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم
 فكان المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل
 وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قوله** ومن اسلم في كرفا امر رب السلم رجل اسلم
 في كرفا امر رب السلم ان يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم
 غائب ولم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر
 بالكيل لم يصادف ملك الامراذ حقه في الدين لافي العين فلا يصح الامر فصار المسلم اليه
 مستعير للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع اليه
 كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصرقا بضوا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره
 الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة
 فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر
 في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري **قوله** الا ترى توضيح لملكه بالبيع
 فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امر
 ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس
 ذلك الا باعتبار صحة الامر وعد مهو صحة موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لما صح امره

امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح وان هذا اي ولان الامر قد صح يكتفى
بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل فان قبل البائع مسلم
فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر
المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما * وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل
واحد تدسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري
البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصير المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار
كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير
المشتري قابضا لانه مستعير ولم يقبض **قوله** ولو اجتمع الدين والعين صورته وحل
اسلم في كمر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره
اليه ليحل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل
فيها ولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فمستحقة
الامر فيه لمصادقته الملك فكان فعل المأمور كفعل الامر وانه لا يصلح نائبا عن المشتري
في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمانا وان لم يثبت قصد او اما الدين
فلا تصالده بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره
ان ينزرعها في ارضه وكن دفع التي صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار
ولا يشكل باصباغ فان الصبغ والصنع اتصال بملك المستأجر ولم يصير قابضا لان المعتقد عليه
في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز النفع على فلم يصير متصلا بالشوب فلا يكون
قابضا * وان كان الاول لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحته الامر لعدم مصادقته الملك
لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفا في ملك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك
عند استحيفته ربح فيفسخ العقد فإن قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع
أجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير
الأمر به قابضاً هو الذي كان ما دوناً به * وفي عبارة المصنف ربح تسامح لأنه حكم بكون
الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله لجواز أن يكون مرادة البداية بالعين فيكون
الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز أن يقال كلامه في قوة
الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المانع فاستقام الكلام
وعندهما المشتري بالخيار أن شاء فسخ البيع وأن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط
ليس باستهلاك عند **قوله** ومن أسلم جارية في كرحضة رجل أسلم جارية في كرحضة
ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تفرقتا ماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم
قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لأنهما لو تفرقا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة
لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت
الاقالة حال بقائه وإذا صح ابتداء صم انتهى لأن البقاء أسهل من الابتداء وإذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب رد ها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها
وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قيل الجارية قد هلك
والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم
في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الاقالة في البيع
عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح **قوله** ومن أسلم إلى
رجل دراهم في كرحضة إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم * فمن كان متعنتاً وهو الذي
ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق * ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره
كان القول قوله أن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وأن كان خصمه هو المنكر عند

عند أبي حنيفة ر^ح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المكروا^ن أنكر الصحة
وعلى هذا إذا سلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرحت لك رد^{با}
وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في انكراه
صحة السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة وكان القول لمن شهد
له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحدوا اختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف
والظاهر من ماله^{ما} مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا
للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر اقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا لا نسلم أن المسلم
فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن التقدير القليل خير من التسيئة وإن كانت
كثيرة سلمناه لكن يربو عليه إذا كان جيدا وما إذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف
للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر
وهو باطلا فله يقتضي أن يكون القول قول المكروا^ن أنكر الصحة والجواب أن الناس
مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة
الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى
دليل على ربوا المسلم فيه وإن كان رديا والاعتبار بالمعاني دون الصورة فنكر الصورة وإن كان
منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى رد المودعة وإذا انعكست
المسئلة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وانكراه المسلم إليه لم يذكره محمد ر^ح في الجامع الصغير
والمتأخرون من المشائخ رحمهم الله قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة ر^ح
لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرا وعند هذا القول للمسلم إليه لأنه منكروا^ن
أنكر الصحة **قوله** وسنقرره من بعد يريد به ما يذكركه بعده بخطوط القول لرب السلم
عندهما وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق وتقرره ولو قال المسلم إليه لم يكن له
اجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لانسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يبرئ على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف ر ج بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي ر ج واذا لم يكن متيقنا بعد مدعي لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعد مدعي متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فلاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت ذلك و ليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عند هذا لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لكون المضارب متعنتا في انكاره حقا له وهو زيادة عشرة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة ر ج القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد اذا سلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلاف في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهر الوجهين * احد هما ان اظهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة * والثاني ان الاقدام على العقد التزام شرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفقا على العقد اقرارا بالصحة فالمكر بعدة ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة وان اصبحت كانت شركة فاذا اختلفا المدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار

اعتبار الاختلاف الموجب للتناقص المردود أو وحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقد واحد اكان الاختلاف فيه انكاراً بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكره والقول قول المنكر وعبر المصنف رح عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقداً آخر وعن غيرهما بغير اللزوم لا نقلا به عقداً آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف فيكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنياً على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وهما قد وردا على بلدان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهدا حد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسائة على ما سألني فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجهه المثلد موعه **قوله** ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرتعة يقال رتعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخائنه لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حريري وهو المتخذ من الابر يسلم المطبوع لا بد من بيان وزنه ايضاً لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل يقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط * وذكر شمس الأئمة السرخسي رح اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالنقل والخفة

قوله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت أحاده في المالبية كالجواهر والآلي والرماني والبطيخ لا يجوز فيه السلم لأفضائه إلى النزاع وفي الذي لا يتفاوت أحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد وفي صغار الملوأ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن فلا تناوب في المالبية ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر إذا اشترط فيه ملبنا معروفاً لأنه إذا سمي اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون سائطاً لا اعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قوله** وكل ما يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين * أحدهما أنه عكسها فقال وما لا تضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بحيوان * والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفته ومعرفة المقدار بقوله عليه الصلوة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم أو جدب وح كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وما في الفقه فالتقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدم ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم والأفلاخيرية أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتقي **قوله** وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدمه كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم وبعضها أولاً ويسلم وهو لا يخلو ما أن يكون فيما فيه تعامل وإليه أشار بقوله شيئاً من ذلك أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أو لا زائلي لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه لا يبيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم

وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه يضرب له أجل إليه
 أشار بقوله بغير أجل * وجده الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار
 تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر والقياس يترك بمثله كدخول الحمام
 ولا يشكل بالمزارة فانه فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح لان الخلاف
 فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جواز هل هو بيع او عدة
 والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشائخنا رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد رح
 يقول هو مواعدة ينقذ العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا وهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار
 وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا وان ثبت فيه خيار الروية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز
 فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده
 او الخياط ان يخط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة يجوز في الكل وثبوت الخيار لكل
 منهما لا يدل على المواعدة الا يرى انها اذا تعاطيا عرضا بعرض ولم يبر كل واحد منهما
 ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون
 بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي
 للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة بعد النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت
 موجودة بعد جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل
 موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع
 والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
 لان صنعه او من صنعه قبل العقد فاخذه جاز فيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه
 يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان
 بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان رح
 واجيب بان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهها

بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فليشبهه بالا جارة قلنا يبطل بموت احدهما
 ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينافيه القياس والاستحسان واثبتا خيار الرؤية ولم نوجب
 تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان
 في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محض اجيب بان الصبغ اصل
 والصبغ آله فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر
 وهنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ومالما يكن له وجود من حيث
 وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختیار
 المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لعدة
 وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز
 عما قيل في كل منها على خلاف ذلك **قوله** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
 اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى مالما يره ومن هو
 كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه
 بائع باع مالما يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لعدة
 وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه
 تسليم المعقود عليه الا بضرره وهو قطع الصرم واتلاف الخبط وعن ابي يوسف رح
 انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولاولا ما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم
 وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى
 ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل
 برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول
 فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك بجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام
 اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله ولم يجب على

على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس
 بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد
 جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحرثم بلغت فان لها
 خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام
 ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني
 الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقدصان ابقاء له على القياس
 السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما
 اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه ح يكون سلما عند ابي حنيفة رح خلا فالحما
 واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل
 ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال
 على ان تفرغ هذا غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة
 بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال
 فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار
 سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافة ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره
 ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل
 وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل
 واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف
 ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة رح انه دين
 يحتمل السام وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال
 واذا كان محتملا لا مريين كان حمله على السلم اولى لان جواز بالاجماع بلا شبهة
 فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين

(كتاب البيوع — مسائل منشورة *)

في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المدائنة والسنة دون الاستصناع

مسائل منشورة

اي هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن ابوابها ولم تذكر ثمه فاستدركت
بذكرها ههنا **قوله** ويجوز بيع الكلب والعهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب
من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلوم فلا شك في جواز بيعه
لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعابه حقيقة شرعا فيكون مالا او ما غير
المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب
عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف رح
ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عليه الصلوة والسلام
نهى عن امساكه وامر بقتله فلما كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية
او للزرع وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلوة والسلام ان من اسحت
مهر البغي وثمان الكلب واسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء
الحاقا بنفعل بمعنى مفعول كقولهم ملحنة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سورة
فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل
وجواز البيع باعزازة فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتقيا ولنا ان النبي
صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس
المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل
يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لا بطلان شمول لعدم
الذي هو مدعى الحضم واما اثبات المدعى فثبت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله
بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه قال تضى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار

الأثر من يونس عن ابن وهب عن جريح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبيد الله بن عمر رضي الله عنهم أنه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى * وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة ولأنه مستفاد به حراسة واصطياد الف ونشرف كان ما لا فيجوز بيعه واعتراض بوجهين * أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على ماليتها عينية كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال * والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به إلا ساكنة وليس بمال واجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنافع الكلب يقع تبعاً لمالك العين لا قصد في المنفعة الا يرى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يوكل لحمة وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعاً فثبت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم إلا باحالة ضرورة الخنزير لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمة حالة المخصصة * وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في النهي والنهي والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنايمر إلا لا ينتفع بها **قوله** والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي رج بالحديث المروي وتقريره مروي عن إبراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهى انتسج فانهم كانوا القوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك في الالتزام لأنه قال ثمن الكلب والثنن بالحقيقة لا يكون إلا في المبايعة **قوله** ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فإن تدليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كاسرقين

عندنا على ما سيجي ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير
 للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وثمناً وما يترتب على ذلك
 في البيوع * واستدل بقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
 ثمنها قال محمد بن ح في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة رح قال حدثنا محمد بن قيس
 ان رجلاً من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
 كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال
 رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا
 في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبيعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي
 عليه الصلوة والسلام يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** واهل
 الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد بن ح في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا
 ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهم يدايد
 ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل يدايد وكذا كل ما يكال
 او يوزن اذا كان صنفاً واحداً وهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رح
 على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
 وعليهم ما على المسلمين ولا نهم مكلنون يعني بالمعاملات بالاتفاق فيحتاجون الى
 ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى
 ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً
 في حقهم كما في حق المسلمين الا في الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير
 والشاة في كونهما اموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل
 على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني
 انكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك

ذلك ولكن ولو اربابها يبيعها ثم خذوا الثمن منهم **قوله** ومن قال لغيره بيع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجئ آخر ويقول اصاحب العبد بيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل الما ران الزيادة في الثمن والمؤمن جميعا جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا للزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبديل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطها على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجدا لشرط فيصح واذا لم يقل صار ذلك خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان واعترض باوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعتقد عاينه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري وتحمل عند الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك لتحقيق فان ورد السؤال اذا كان لغموض فهم اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني عن ان يقابل بالمال جزء فجزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البديل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل

ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه
لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري * فظهر الفرق بينه
وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابل به شيء من المال فلا يكون كالزيادة وح
لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته * وقع
في الكتاب والخمسة مائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه * وقيل لاختلاف في امتناعه
وقال ابن عد غور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً * وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي
ان لا يعتد اخافه الخمسة بدل الجبر في المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسة مائة
قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها برجل فوطئها الزوج جاز السكاح لوجود سبب ولاية الاكاح وهو الملك في الرقبة
على الكمال وما لم يبيع عن الجواز لان المانع من التصرف في المبيع قبل القبض انه يكون
عن تصرف ينسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والسكاح ليس كذلك وهذا التزويج
يكون قبض لان الوطئ لما كان بتسلط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج
فليس اي مجرد التزويج قبضاً استحسننا ما في القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف رح
حتى ان هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى
لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يرد ها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار
قابضاً فصار كالاعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقاً العين وجه الاستحسان
ان في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضاً وليس كذلك
في الحكمي فلا يصير قابضاً او الاعتاق والتدبير للاف للمالبة وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء
ومن ضرورتان يصير قابضاً **قوله** ومن اشترى عبداً فغاب المشتري رجل اشترى منقولاً فغاب
المشتري قبل قبض المبيع وتقدم الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى
ذلك حتى يقيم البين للثمن فاما اذا قامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة اولاً فان كان

فإن كان الأول لم يبعه في الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع
 إبطال حق المشتري وإن كان الثاني باع العبد وأوفى الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقرار
 البائع فيظهر على الوجه الذي اقتربه وقد اقتربه مشغولا بحقه فيعتبر كذلك * وهذا لأن العبد
 في يده والتقول قول الإنسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقتربه لغيره
 كما لا يصح بحكم اليد فكذلك إذا اقتربه ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه
 يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات فإن المرتهن أحق
 بالرهون يباع في دينه إذا تعذر الاستيفاء والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع متلفسا
 فإن المبيع يباع بثمنه بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينه البائع لم تقبل لأن حقه
 لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لإثبات الدين والإثبات
 على الغائب مستنع عندنا وفيه بحث من أوجه * الأول أن إقامة البينة على الغائب
 لا يجوز لأنها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول * الثاني أن القول بجواز البيع
 قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه * الثالث أن ذلك ينفي
 إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا
 وغير مقبوض فالمتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الأول أن إقامة البينة كما ذكرنا لنفي
 التهمة لا للقضاء وإنما القاضي يقتضي بدو جب إقرار المتر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
 إلى انكار الخصم وعن الثاني وجهان * أحدهما قول بعض المسائلي أن القاضي ينصب
 من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لأن بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان
 المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذلك من يجعل وكيله عنه واجيب بان ذلك
 حق البائع وقد يتسامح بتأخيره * والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وإنما المقصود النظر
 للبائع أحياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصد أو عن الثالث
 ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما في يده

وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق
وان دفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فال حاضر
لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده اجبر البايع على قبول نصيب
الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر
ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ايجنته
ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجبر البايع على قبول نصيب الغائب من الثمن
ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير * واذا قبض
الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس
على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطرب لانه لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البايع له حق الحبس ما بقي
شيء منه والمضطرب يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو
المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير
بغير امره لا اضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان
التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حال حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر
على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره منقود
لامكان ان يخاضعه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد
بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر ادا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع
لكونه غير مضطرب في نقد نصيب صاحبه من الاجرة ان ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء

لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام الترمذي في ربحه واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق العطف
حتى يستوفي حقه ولو قبل بالشراء اذ اقتضى الثمن من مال نفسه على ما سيجي **قوله** ومن
اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية وقال اشتريتها بالف مثقال
ذهب وفضة صحيح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثل
اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار
يوجب الشركة وليس اولى به لاحد منهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب
ان يقيد المصنف ربحه بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من
بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيد محمد ربحه في الجماع الصغير وبيوع الاصل ويجوز
ان يقال تركه لكونه معلوماً من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت
منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاربعين المعطف الا انه
يجب من الذهب مثقال خمسمائة مثقال ومن الف درهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة
لانه هو المتعارف في وزن الدرهم ولهذا ان يقول الظاهر المتعارفية فهي ان ينصرف الى
ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد **قوله** ومن له على رجل آخر عشرة دراهم جراد رجل له
على رجل عشرة دراهم جراد فقتله بغير التراض لم يعلم فانفقها او ملكتها فهو راضا عنها بحقيقة
ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف ربح يرد مثل زيد فربح عليه بالجراة لان حقه في الوصف
مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص من كمية
حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا انقص في كميته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
منفرد لعدم انتكاكه وهدرة عند المتبادل فيجب المصير الى ما قلنا ولا يبي حنيفة
ومحمد رحمه الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
كالصرف والسلام جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصل فلم يبق حقه
الا في الجودة وتداركها متروكة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا انها عند المتبادل

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانتكاح ولا بإيجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ
 هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فإيجاب الضمان باعتبار ايجاب له
 عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين * احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل
 لنفسه لا يجوز اذا لم يقد وهما يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى
 وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح * والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه
 ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان النائدة ثمه انما
 هي للغرماء فكأنه تضمن الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
 تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير
 في ارض رجل ولم يعد هالذالك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكس فيها
 ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه مباح سقبت يده اليد في ملكه ولانه صيد والصيد
 لمن اخذه بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج من الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض
 انسان فانه لا اخذ دون صاحب الارض والتكس المسترو معناه في الاصل دخل في الكناس
 وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض
 في معنى الصيد لانه اصابه ولا ينبغي الجزاء على المحرم بكسره او شيه وتوله وصاحب الارض
 لم يعد ارضه لذللك اشارة الى انه لو اعد هالذالك بان حفرها ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به
 كان له فاما اذا لم يعد هالذالك كمشبكة نصبت للجفاف فيعقل بها صيد فهو لا اخذ وكذا اذا دخل
 الصيد دارة او وقع ما نشر من السكر او الدراهم في ثياب ماله يكفه اي يضمه الى نفسه او كان
 مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه فان الغسل لصاحبها لانه عد من
 انزاله اي من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهي الزيادة والفضل
 منه والفرق بينهما ان الغسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصارتا بعالها
 كما لشجر النابت فيها والتراب المجمع بجريان الماء بخلاف الصيد (كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد وقول
 عمر رضي الله عنه وان استنظر ك ان يدخل بيته فلا تظرة وهو في الدلالة على وجوب القبض
 كما ترى * وبالمعقول وهو ان لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكافي بالكافي وذلك
 يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة ونفيا لتحقيق الربو وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربو
 قيل منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد **قوله** ولان احدهما دليل آخر وتقريره
 ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك
 بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لا طلاق
 ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب والحديث وهو يتناول المصوغ وغيره
قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال يبيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه
 كافي بكافي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذ لك لتعينه بالتعين وتقريره
 ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثما خلقه فيشترط
 قبضه اعتبارا للشبهة في باب الربو فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ
 نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسبة شبهة النفل فاذا بيع مضروب
 بمصوغ نسبة وهو ما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثما شبهة عدم التعين وتلك
 الشبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعبرة دون الزل عنها اجيب بان عدم الجواز
 في المضروب نسبة بقوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص
 مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق
 ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما
 لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فشب معه وقصته
 ما روينا عن ابن جبهة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت ان اتقدم ارض
 الشام ومعنا الورق النقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنباع ورتهم العشرة

العشرة بنسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشترو رقتهم بالذهب ولا تنارتهم حتى تستوفي وان وثب من سطح فشب معه وفيه دليل على ان المفتي اذ بين جواب ما سئل عنه لا بأس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحبل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم وقوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالنقصة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه **قل** فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لغوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراخ طافيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلت الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الایجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كما لو جود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز كذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التحمل مع حصول المقصود بجعله شرطا للبقاء ولهذا اي ولان الافتراق بقبض يبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذه الدنانير بهذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال اني شهر لان بالخيار لا يبقى النقص مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار

(كتاب الصرف)

يتأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي
القبض وذكرنا في الشيء موقوف له كذا قيل فكأنه راجع الى ان في الاول استحقاق القبض
فأنت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فأنت **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس
يعني منهما ان كان الخيار لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرر
استحسانا خلافا لفرح وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما
فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل
لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدر وري لمختصر الكرخي
وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يشبان في الصرف كما في سائر العقود الا ان
خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينسخ برده
وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فأنته
قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه
لا يجوز اذا باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع
في الشوب لغوات القبض المستحق بالعقد حق الله تعالى اذا الربوا حرام حق الله تعالى
والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا
فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذا اطلاق والاضافة الى بدل الصرف
اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر رح لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة
ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع ومائمه
سوى الثمين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمان
من وجه وان كانا ثمينين خلقه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا
كل واحد منهما ثمنا من وجه ومبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا
حقيقة قبل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجب بان ذلك في الاثمان

الانسان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة
 لا في الاثمان الخلقية **قوله** وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف
 مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق
 وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد
 وليس كذلك فانه لو باع دينا را بدرهم وليساني ملكهما فاستقرضا في المجلس واقتراعا عن قبض
 صح واجيب بان الدراهم والدنانير حال العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرنا متهما بعد العقد
 لضرورة العقد فيجعل متهما بعدة ثنا قبله فلا يشترط وجوده قبله **قوله** ويجوز بيع الذهب
 بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة
 لكن القبض شرط لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو والمعقول
 المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
 قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط
 صحته لان الفضل ح موهوم والموهوم في هذا الباب كالمحقق والنبي عليه الصلوة والسلام
 لم يرد المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين
 ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلمنا في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد
 فاسد افلا ينقلب جائزا لکنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال
 زفر رح اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة
 والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما **قوله** ومن باع
 جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها
 صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته
 الف مثقال بالف في مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افتراقا بالذي نقد ثمن الفضة
 لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن

(كتاب الصرف)

الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان
 بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلوتية وسهى ايضا ثم اتى بسجدة السهو وسلم
 تصرف احدى سجدة السهو الى الصلوتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا
 لو اشتراها بالغني مثقال الغانسيئة والغانقة فالتقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
 جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وصحة الوبايع سيفا
 محلي بمائة دراهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز
 البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح
 بذكرهما فذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
 والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقريئة الحال وان قال عن ثمن الحلية
 خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخرون اولا وتفرقا على ذلك
 انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالا ستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة
 ولا مساواة بعد تصريح قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا
 بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فذلك
 لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افرادة بالبيع كالجدع في السقف وان كان
 يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افرادة بالبيع فصا ركا لطوق
 والجارية **قوله** وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم
 للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه
 لكنه جعم الكلام لبيان الاقسام الأخرى اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
 ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزيادة في مقابلة
 الغير فلا ينفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز
 لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون

تكون المفردة اقل وهو واضح والرابع ان لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة
 عند العقد وتوهم الفضل خلافا لفررح فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي
 عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان يكون
 مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعد جهة الفساد
 فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة
 الكردي رح بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما الا الترجيح الحقيقي
 اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما تلحق الشبهة فيه بالحققة **قوله** ومن باع اناء
 فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا
 بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط
 بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء
 على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع
 لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لان تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز
 وههنا الصفة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة **قوله** ولو استحق بعض
 الاناء اي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي
 بحصته وان شاء رده لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد
 عيبا لا تنقاصها بالتبعض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب
 حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض **قوله** ومن باع قطعة نقرة المراد من النقرة
 قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع
 قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة
 فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء **قوله** ومن باع درهمين ودينارا
 بدرهم ودينارين جاز رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل

كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكري حنطة بكري شعير وكري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى فلباي سوارا بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعها مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة وعبدة غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائزا لارادة فينبغي ان يكون مرادا * اما انه جائز لارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كرشطة بكريها فسد لان الكري قابل الكرو فضل الآخر * واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك با مكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر فلنا هذا غلطاً لا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصفه

وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبته
 لاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما
 ذاباع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحیحاً لتصرفه وان كان
 في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت
 الملك في النصف باقياً * ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها * اما الاولى اعني مسئلة المراجعة
 فبقوله لانه بصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون
 مرادة انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو
 ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير
 للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا
 صرحا بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق
 في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت
 هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى
 المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد
 قد انعقد صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف
 الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح **قوله** ومن باع احد عشر
 درهما بعشرة دراهم وديناراً المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية
 وفي هذه احد هما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط
 الصرف التماثل لما روي من الحديث المشهور وهو موجود ظاهراً اذا ظاهر من حال
 البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملاً على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائر
 بدون الفساد **قوله** ولو تباعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشها معه بخمسة عشر درهما
 فاما ان يكون مماله قيمة او لا والاول اما ان يبلغ بقية الفضة او لا فان كان ممالا قيمة له

(كتاب الصرف)

كالتراب مثلاً لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة * والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيله * واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب وفضة زائدة ليست بظاهرة **قوله** ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا ولاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا من الربوا وذلك لان قبض احد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلولا قبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر لا احترازا عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضاف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا ولا فان كان الثاني لم تقع المقاصة

المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر راجح لانه استبدال يبدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لکنهما اذا اقدم على المقاصة بتراضيهما لا بد ثمة من تصحيح ولا صحة لهامع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لومنع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدين راجح البائع بحكم الاقالة لان الاقالة تصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف راجح بقوله وفي الاضافة الى الدين يعنى المعهود يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبهه وعن الثاني بان المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صارا كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر راجح حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف راجح الاستدلال بحد يث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه

(كتاب الصرف)

قال لرسول الله عليه الصلوة والسلام اني اكرمي ابلا بالبيع الى مكة بالدرهم
وآخذ مكا نهاد نائيرا وقال بالعكس فقال عليه الصلوة والسلام لا بأس بذلك اذا
افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها
كما يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفرح
وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشري الدينار
باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا فيه روايتان في رواية ابي سليمان
وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف فرح في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية
ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي
عليه الصلوة والسلام جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
ووجه الاصح ان قصد هما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فيكون الدين ح سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال
الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة
بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحس ذلك بالاثرو يقوي هذا الوجه
ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة
اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان
الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبي
عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن
عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينها وبين الدين المقارن
وهذا اوضح **قوله** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي
في القطعة منها تيرا ط او طسوج او حبة فيرد هابت المال لانزيا فتها بل لكونها قطعاً وياخذها
انتجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء

وانتفاء المانع أما الأول فلصدورة عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني
فلان المانع ان تصور ههنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قوله** واذا كان
الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا يخلو عن قليل غش خلقه
او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه يتفتت فاذا كان
كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على
الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الذهب والفضة ويعتبر فيهما من تحريم
التفاضل ما يعتبر في الجباد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها
الامتساويان في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير
فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي
في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد * وان كان اكثر صمغ وهي الوجوه المذكورة
في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي
في حكم فضة وصفر **قوله** ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس
لم يكن صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف الجنس
ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط
القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر
لانه لا يتميز عنه الا بضرره وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز
قال المصنف رح ومشاؤونهم رحمهم الله يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني
التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم العطر بغيته وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء
الكندي امير خراسان ايام الرشيد * وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا
فلو ابيع التفاضل فيها لوافتي باباحتها تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس * ثم المعتبر
في المعاملات بهما المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التباعد والاستقراض فيهما بالوزن

وان كانت تروج بالعد فهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوباً عليهما ثم هي مادامت تروج تكون اثماً لا تتعين بالتعيين فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوة فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلم اولم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزئوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجوار لعدم الرضاء منه بالزئوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف رحمه الله فيسقط يوم البيع وعند محمد رحمه الله آخر ما تعامل الناس بها والمصنف رحمه الله فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه يحصرها لكاويبقى البيع بلائمن واما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنائير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد رحمه الله واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رحمه الله لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضاً لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد

الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف ربح وجبت القيمة
 يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد ربح قيمة يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل
 الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يحنث ربح ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم
 التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا
 بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو
 مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت
 ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الغلوس والدراهم
 المغشوشة التي غلب غشها كصفة المأبذة في الاعيان ولو انعدمت المأبذة بهلاك المبيع
 قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب
 مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير
 بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها
 فهلاك الثمنية على وجه لا يرجي الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد
 اصلي والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع
 مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع اصلاً * وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه *
 وان كان هالكا او مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رد مثله * وان كان قيمياً وجب رد قيمته
 كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك
 واليه اشار المصنف ربح بقوله وعند محمد ربح يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد
 واما اذا غلبت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله
 ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قوله** ويجوز البيع بالغلوس
 البيع بالغلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه واما قال كذلك اشارة الى وجوب
 بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد

فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بهما من التعيين لانها سلع واذاباع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عندا يحنيفة رح بطل البيع خلا فاليهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا شترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر رح لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانتطع آوانه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رح يمنع لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قوله** ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عندا يحنيفة رح لانه اي استقرض المثلتي اعاره كما ان اعارته قرض وموجب استقرض المثلتي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارئة يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون بالتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجثسه نسبه وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لورد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف رح بان الثمنية فضل فيد اي في القرض اذا القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه

بمعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك القرض
 عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا يرى ان الاستقراض
 جائز في كل مكيل وموزون او عدد دي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال
 بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه
 ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا وعندهما
 يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها
 في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف ربح يوم القبض
 وعند محمد ربح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف
 ومحمد رحمهما الله في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف ربح يجب القيمة يوم الغصب
 وعند محمد ربح يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد ربح انظر للمقرض والمستقرض لان
 على قول ابي حنيفة ربح يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف ربح
 يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو
 ضرر بالمستقرض فكان قول محمد ربح انظر للجانبين وقول ابي يوسف ربح ايسر لان قيمة
 يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس
 ويختلفون فيها فكان قوله ايسر **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال
 اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نفرة وذلك
 معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال
 بدائق فلوس وهو سدس درهم او بقيراط فلوس جاز وقال زفر ربح لا يجوز لانه اشترى
 بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودائق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يعني
 عن بيان العدد فيبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز قلنا فرض المسئلة فيما اذا كان
 ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا

زاد على الدرهم جوزة ابو يوسف رح بناء على كونه معلوما وقيل محمـ رح بين مادون
 الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما
 دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذا لك الدرهم قالوا ولا صح
 قول ابي يوسف رح لاسيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا شراك العرف
قوله ومن اعطى صيرنيا درهما هذه ثلث مسائل * الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول
 اعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبيرا احبة جاز البيع
 في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز
 وقابل النصف بنصف الاحبة وهوربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل
 في الدل لا اتحاد الصنف وقوة الفساد لكونه مجتمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حرو عبد
 وباعهما صنفة واحدة وعبرة الكتاب تدل على اندلا نص عن ابي حنيفة رح * والثانية
 ان يكررا لفظ الاعطاء والمسئلة بحالهما فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع
 لانهما عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا
 وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق
 الصنفه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليماني والشيخ الامام
 شيخ الاسلام رحمهم الله ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كررا لفظ الاعطاء لاتحاد الصنفه فان قوله
 اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكررا البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال
 بعني فتال بعث لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة
 فكيف يتكرر بتكرارها * قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رح * والثالثة ان يقول
 اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الاحبة جاز والفرق
 بينها وبين الاولى ان لم يتكرر اللفظ بنصفه بل قابل الدرهم بمبايع من الفلوس بنصف
 درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال

قال المصنف رح وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس
ونصفا الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة
في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الا قطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ
* كتاب الكفالة *

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها
معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة
هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الي نفسه وقوى بتشديد الفاء ونصب
زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصلحتها * وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل
في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح
بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجي ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل
ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل
فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة
لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه
للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حاضرة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدينين واما قبل
ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم الدينين **قوله** الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة
بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال
الشافعي رح لا يجوز لانه كفيل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبا في مثله لا ينقاد له ليسلمه
ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان
بامر فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال
لا يثبت له عليه ولاية لئلا يودي المال من مال المكفول عند بخلاف الكفالة بالمال لان له
ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم اني الكفيل ضامن * ووجه

(كتاب الكفالة)

الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيهما لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه السلام
حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا
لان الغرم على شيء ينبي عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل
الاحضار وهو يتضرر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قاله الخصم كفل بما لا يقدر
على تسليمه * وتقريره اذا انسلم انه لا يقدر على تسليمه وقوله اذا قدرة له على نفس المكفول به
سمنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه ويستعين
باعدان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم
جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له **قوله** والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان
معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء
حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الاتعتا وعناد **قوله** وتنعقد اذا قال
تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي
في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده
او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص
بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف * وكذا اذا عبر بجزء شائع
كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا
كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او
برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال
ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا
قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه الصلوة والسلام من ترك ما لا فلورثته
ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل هو اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز
ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي

هي الكفالة وقد روي فيه اوقيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
 بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى
 انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف رح وعلى هذا
 معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه
 في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل
 في حبسه لعله ما درى لما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة *
 فان كان الثاني حبسه الحاكم * وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه اولا * فان كان الاول امهله
 الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق *
 وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافق على ذلك اولا * فان كان الاول سقطت المطالبة
 من الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال * وان كان
 الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة
 يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل
 بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له * وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول
 قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه * وقال بعضهم
 لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة
 عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا
 امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة **قوله** واذا احضره
 وسلمه في مكان اذا حضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصم فيه مثل
 ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في
 مثل ذلك المكان حصل المقصود برئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامر واحد وقد حصل ذلك
 بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود

(كتاب الكفالة)

وهو القدرة على المحاكمة * وقال شمس الأئمة السرخسي المتأخرون من مشائخنا رحمهم الله قالوا هذان بناء على عاداتهم في ذلك الوقت أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرء بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وإن سلمه في برية لم يبرء لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رجح القدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرء لأنه قد يكون شهودة فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود * والجواب أن شهودة كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرء وهذا الآن المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي أما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فإن أبا حنيفة رجح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عليه الصلوة والسلام لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لأمير الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر * ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة فقيداً التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر من الطالب ولو سلمه في السجن فإن كان الحابس هو الطالب برئ * وإن كان غيره لم يبرء لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه * وذكر في الوقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عاجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه حال ما كفل قادر على الاتيان به **قوله** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به * وموتتهما أو موت أحدهما مستقطاها * أما إذا مات المكفول به فلأن الكفيل عاجز

عجز عن احضاره ولا نه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل * واما اذا مات
الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فليودي الدين من ماله
اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول
له لا اصالته وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيا به لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال
ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت
قوله ومن كفل بنفسه آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فاننا بريء فدفع اليه
فهو بريء لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كسبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجهه وكذا في سائر الموجهات وقال
في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف
الكفالة بالنفس والموجهات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشي لان
الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه
ابوالليث رح في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي للاشبهة لان تسليم النفس يحتاج اليه
وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب
لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد
التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الديون لان الكفيل تبرأ نفسه بايفاء
عمن ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ايفاء لحق نفسه

فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة
اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برأ الكفيل وصار كتسليم
الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصوصة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل
اذا طوبى به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة
فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة
الكفيل فيما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يتنع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا
فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصوصة اي لان المكفول به مطالب بالخصوصة
فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه
عن الكفيل ابرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل
عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
لقيامهما مقامه كتسليمه **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو اوف فلم يحضره في الوقت المذكور
ضمن المال ووافاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يتلزم الكفيل شيء
عند عدم الموافاة على قول محمد راجح خلافا لهما وبقوله وهو اوف وهو غير مفيد لانه اذا قال
فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتائها
على التوسع ولا هذا الوقال كفلت لك بما ادركك في هذه التجارة التي اشتريتها من درك
صحت وكذلك الكفالة بالشجرة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم
في هذه المسئلة شيان * احدهما صحة الكفالة فيه خلاف الشافعي راجح * والثاني عدم بطلان
الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول
قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا ظاهر لنصريحه
بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط

شرط متعارف وسند ذكر ان تعليق الكفالة بالمال بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق
 ووجد الشرط ازمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه *
 وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء
 او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها
 وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له
 وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل
 ينافي المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما
 مشروع للتوثق كما مر كالكفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما
 اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح * وقال الشافعي رح هذه الكفالة
 اي المعلقة بالشرط لا تصح الا بغير تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
 في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامر وتعليق سبب وجوب المال
 في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب ان لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
 لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا ومن وجه
 والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
 من حيث الالتزام * فاشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها * وشبه النذر يقتضي
 جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح
 ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا
 تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس وروبتهم في ذلك اكثر من رغبته في مجرد
 الكفالة بالنفس **قوله** ومن كفّل بنفس رجل ومن كفّل بنفس وقال ان لم اواف به
 خدا فعلى المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافقة وهذه
 مسألة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسألة القدرى المذكورة فان في كل منهما

(كتاب الكفالة)

وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها
 بيان لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس
 اذا سقطت وجب ان يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنو كيد لها ليست
 مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء
 فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ
 بموت المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تأكيد للغير مقصودا بالذات وذلك
 خلف باطل واجاب الامام ظهر الدين رح في فوائد بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت
 لم يوضع له فبالابراء تنسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنسخ فيما يرجع الى المطالبة
 بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به
 تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول
 بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس مستحق
 هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد
 كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مد فوع قلنا الالتزام منه غير مد فوع وقد التزم
 حيث يتيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظاهرا منه ان بالموت تنسخ
 الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف
 فلا يفيد في اضرار غيره **قوله** ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى على آخر مائة
 دينار وبينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان
 لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عندا بيحيفة وابيوسف رح
 آخر او قال محمد رح ان لم بينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة
 لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك بوجهين * احدهما
 ان الكفيل علق في كفالته ما لا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر من رد قد

قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه فدا فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينهما احتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليمترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي المنصور الماتريدي رح وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بين المال وبينه صرح المصنف رح والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبتنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرنا لانه قال فعلى المائة فيصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد رح وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقديره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعوى في غير مجلس القضاء فعما حيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رح وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان المقلب فيه حق العبد ملى الخلوص لما عرف ان القصاص

مشتمل على الحقيق وحق العبد غالب وليس تفسير الجبرهنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب دارة واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البينة وبعد ها اما قبل اقامتها فلا ن احد الم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا الم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولا بيمينه ربح قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله تعالى قيل هذا من كلام شريح رضي الله عنه لا من كلام النبي عليه الصلوة والسلام ذكره الخفاف في ادب القاضي عن شريح وقال صدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عليه السلام ولان مبنى الحدود والتقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للنهمة لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تدري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تيرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في التقصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين **قوله** ولا يحبس فيها حتى

حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما
 اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي
 يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للثمة اي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى
 لانه يحتاج الى حجة كاملة والثمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
 لان الحبس للثمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد
 شطريها وقد روي ان رسول الله عليه الصلوة والسلام حبس رجلا بالثمة بخلاف الحبس
 في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان
 الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذ اثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع
 عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود
 والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته بالحجة للثمة
 ولقائل ان يقول الحبس للثمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء
 ثابت بقوله عليه الصلوة والسلام ادروا الحدود بالشبهات وباجماع على ذلك فينتفى
 الحبس للثمة ويمكن ان يجاب عنه بان يحمل قولهم للثمة على ان المراد به اتهام
 الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لانضاء
 الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة وام يحبس
 الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو تاديع في عدالتهم والاتقاء عن امثاله مأمور به
 فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد فعلا للثمة عن الحاكم
 والحبس من النبي عليه الصلوة والسلام في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن
 عليه السلام ممن ينهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء هذا والله اعلم
 بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
 عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل

(كتاب الكفالة)

معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والتصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكس للحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة **قوله** والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورده هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى ان يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقولنا لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيرتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف رحمة الله عليه ان ونشر مشوش ولا بعد في تصدده ذلك **قوله** ومن اخذ من رجل كفيل بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلا او جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمة التي ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق والثانية يزاد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححنا ما يزداد التوثيق فلو برأ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضنا زيادة لم يكن زيادة هذا

هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي
واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين
برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها
ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل
ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قوله** واما الكفالة
بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء
كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه او بما
يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على
التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة
قوله وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول
وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح
مجهولا كالثمن في البيع قلنا الضمان بالدرك صحيح بالا جماع وهو ضمان بالمجهول
وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة اي شجرة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة
وان كانت لمجهول لاحتمال السراية والاختصار وانما قيدنا خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت
وكانت الشجرة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة بها لا تصح ولما مر ذلك في كلامه
لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل
الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا
لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك
لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده
شيء فطالبه به **قوله** والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه
الاصل اي الدين ويسمى الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين

(كتاب الكفالة)

غير متصور فكانت المطالبة فرعاً وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
 في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرطت فيه البراءة فيصير حوالة
 اعتباراً للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة فعلى هذا ان يطالبهما
 جميعاً جملة ومتعاقباً بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا الغاصبين اي الغاصب
 وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره
 احدهما يتضمن التملك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتم كمن من التملك من الثاني اما
 المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التملك **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة
 بشرط ملائم مثل ان يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لا مكان
 الاستيفاء مثلاً ان يقول اذا قدم زيد وهو مكفول عنه اولت عذراً الاستيفاء مثل قوله اذا غاب
 عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئاً او ان حل مالك عليه ولم يوافق به فعلى ولا يجوز
 بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولاً عنه
 لانه اذا كان اجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء
 به حملٌ بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة
 بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام وشريعة
 من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما
 ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأت به لبيان الكفالة
 فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما يكون
 اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل
 على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة
 والعمل بهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للغير ان الملك
 يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا من نفسه

نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له
واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر
فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له
فان الاولى لا تمنع الجواز اصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها
قال الله تعالى حمل بغير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقاً والثانية انما
تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يا بني القياس جوازها
على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً
فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لان الكفالة في حق الطالب
بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق
حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول اصلاً واذا كان بمنزلة البيع
في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا
هو الموعود بقوله على ما يأتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلاي كما لا يصح
تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيئ المطر كذا لا يصح جعلهما اجلاً للكفالة وفي كلامه نظر
من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفاً على قوله فاما لا يصح
فيكون تقديراً وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او
الكفالة اذ لم يذكر ثالثاً والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل
كل واحد منهما اجلاً والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل
لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط

وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض
وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفى جواز الكفالة
المعلقة بهما والمجموع ينتهي بانتفاء جزئه لا يقال نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا
ينتفى الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية
كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد
تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر
وهو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا
وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقريئة قوله ويجب المال حالا
وتقديره لان الكفالة لما صح تعليقها باجل متعارف لم يبطل بالاجل الفاسد كالطلاق
والعتاق ومجوز المجاز عدم الشبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بمالك
عليه فقامت البينة بالى عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه
وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم تقم بيته فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان القول قوله لانه
مال مجهول لزمه بقوله فصاركما اذا اقر بشي مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل
القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشي مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كما مدعى
عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في غرماء ديون
الصحة حيث يقدمون على المقر له حال المرض **قوله** ويجوز الكفالة بامر المكفول
عنه وبغير امرة الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امرة
سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم

الزعيم غارم ومثاله لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لاحالة والمطلوب ان تضرر فانه يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فما لم يامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والتضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة بنوعها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازها واجب ثم ان كفلا بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي وعلى العبد مادام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا اتى لغيره ادعني زكوة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفلا بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رح الكفيل اذا ادى رجع سواء كفلا بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا كفلا بامره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره **قوله** رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين * احدهما ان يكون ادى ماضن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ماضن * والثاني ان يكون ادى خلاف ماضن كما ادى زيوفا بدل ماضن من الجياد وتجوز له ذلك

أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لأبما أدى قال المصنف رحمه الله ملك الدين
 بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل
 منزله وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة
 المكفول عنه الكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل
 الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
 مقام الطالب وفيه بحث من وجهين * احدى ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين
 من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين * والثاني ان
 في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن
 فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعمه .
 ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدى ان تمليك الدين من غير
 من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح
 لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجته من الكفالة ووكله
 بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين مدين عليه الدين وهو جائز والثاني
 ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذ لم يكن هناك ضرورة فاما اذا كانت فيجوز
 ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة
 ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لاما على غيره وامكن ذلك
 لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما
 وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرتد بالرد والهبة
 ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق فكفى مؤنة بوجوب المطالبة
 وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدورا التسليم
 وذلك في غير من عليه الدين غير منصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك و

والتملك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل
وعن الثاني بان التشبه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطالب الا ماضى له فكذا من نزل منزلته وقاس
ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين
وادي المحتمل عليه ذلك بخلاف ماضى فان المحتمل عليه يرجع على المحيل بما ضمن
لابما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب **قوله** لما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به
حوالة كفاية المنتهي **قوله** بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقديره الكفيل
لا يرجع الا اذا ادى بما مر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور
يرجع بما ادى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له
على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلوا دى الزیوف
عن الجباد وتجوز له ذلك رجع بهادون الجباد لان الاداء المأمور به لم يوجد وان عكس
فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى
باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين * احدهما ان يصالح
على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لابيما ضمن
لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصالح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه
على ما ذكره * والثاني ان يصالح على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن
وسياتي **قوله** وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له
ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدي عنه لان الموجب له المطالبة هو التملك وهو
لا يملكه قبل الاداء فانتهى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء
لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية

(كتاب الكفالة)

ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل
 لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة **قوله** فان لوزم
 بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين
 في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوتعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس
 كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي رح ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق
 على الاصيل قبل الاداء فلنا هو مورطه فعليه الخلاص واذا ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى
 دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل و ابرأ الاصيل يستلزم ابرأ الكفيل لان المطالبة
 بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل
 لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت علمتها وقوله
 في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل
 على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب براءة الكفيل
 فان ذلك بالاجماع ويعمل بان الكفالة لا تكون الا في ما هو مضمون على الاصيل
 وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان
 على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة
 الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة
 الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل فلنا لا نتص في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل
 توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي
 ان اذ اك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب
 الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه
 لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل
 جائز الا يرى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخرا الطالب عن الاصيل

عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخبر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان
 التاخير ابراء موقت لاستقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا الاعتبار مع عدم
 التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بل يثبت الابراء وتسقط عنه
 المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب
 ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار نعم يحتاج
 الى ذكر فارق عند من يقول بجواز بين قبول احد هما الرد دون الآخر وهو ما ذكره
 ان الابراء المؤبد استقاط محض في حق الكفيل لا تملك فيه حيث لم يكن عليه
 الامجد بمطالبة والاستقاط المحض لا يقبل الرد كما سقاط الخيار وما لا ابراء الموقت
 فهو تاخير مطالبة ليس فيه استقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد **قوله** بخلاف
 ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين
 حال وجود الكفيل نصار الاجل داخل فيه يجوز ان يكون جواب دخل تقديره لانسلم ان التاخير
 عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا
 الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير
 لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حقا للمطالب سوى الدين
 لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تعين تاخيرها واذا كان تاخيرا لاصل الدين
 وهو في ذمة الاصيل تاخير عنه وعن الكفيل جميعا واما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة
 فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخيرا لاصل الدين **قوله**
 فان صالح الكفيل رب المال مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بحسنه
 على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل
 خاصة او لم يشترط شيء من ذلك * ففي الاول والثاني برئ جميعا * وفي الثالث برئ الكفيل
 عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والمطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه

(كتاب الكفالة)

من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والصلح الكفالة بامره * وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صا لحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئاً جميعاً عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة براءة الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صا لحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين في اخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى وصا لحتك اية بخلاف الجنس تملك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بان يلزم تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بان جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدين بدلا من الدين ويكون تملك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة عشرة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صلح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ ان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له ما لا ذكره هنا ثلث مسائل يتعلق بالبراءة * احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاءها الى الطالب * والثاني ان يذكر ابتداءها من الطالب * والثالث بالعكس فالاولى ان يقول لكفيل ضمن له بامره ما لا قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكرنا ان البراءة التي تكون ابتداءها من المطلوب اي الكفيل وانتهاءها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال وقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا

لا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها الرجوع
 للكفيل على الاصيل وان كان لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه
 اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاستقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق
 واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رح هو مثل
 ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالايفاء والثانية ادناهما فيثبت
قوله فلا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول
 البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل
 وان كانت بالايفاء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل ان يقول برئت
 الي لانه اقرب براءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك
 انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وتعدت مثلا وهو فيما نحن
 فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان
 لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالايفاء فاما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة
 وقيل ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فاخذه وهو
 اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا
 يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل وما اذا كان غائبا فلا استدلال على الوجه المذكورة
 واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر
 مما ذكرنا ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا
 على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والتقي فكيف يكون مجتمعا مع انتفاء
 لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض
 الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت
 الي لان ابرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكرناه في تعليل الوجه الثالث

(كتاب الكفالة)

استدلالي لا صريح في الايفاء و غير الايفاء فكان العمل به عند العجز كالعمل بالنص فلما
امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذاك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في
دلالة على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة
فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد
المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن يهون **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء
من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات
والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا
فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة من الكفالة
بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض
كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل
بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين
ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء
غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه
تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة
المنقولة من الايضاح فان للطالب فيه نفعا لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثل متعامل
الا يري ان صاحب الدين اذا قال عجل بمسمائة على اني ابرأتك من الباقي كان
صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما
اذا كان الشرط محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله **قوله** وكل حق
لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به ذكر ضابطة لا تصح الكفالة ومعنى قوله لا

لا يمكن لا يصح لان امكن الضرب او جز الرقبة ليس بمنتهى لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفّل رجل آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والغرض خلافه او نياية وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المهتكمين يعود الى الجناية وان كان الثاني فقد حصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود * واما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت اصلاً لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يروا احد من اهل خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك ح تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع **قوله** اذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تسيّد الذكركم الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولى الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون لغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضموناً بالغير ويصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رح فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعليّ بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز في المبيع بيعاً فاسداً او المقبوض على سوم الشراء

(كتاب الكفالة)

والمغضوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر * ومنع الشافعي رح الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان * وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمونة بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة * وان كان الثاني اعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز * وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين * فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زائد عليه والزيادة عليه من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة

الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل
 به وترك المصنف روح ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جواز دواخله
 تابع شمس الائمة في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطل * قيل وهذا ليس بصواب
 فقد نص محمد روح في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة
 ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاخترها
قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب
 التسليم وما لا يكون كما فصلنا **قوله** ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر
 ابلا معينة للحمل فكفل رجل بتسليمها صحت لما تقدم آتينا وان استاجر غير معينة للحمل
 فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة بنفسه
 وان استاجرها للحمل فكفل بالحمل لم تصح قال المصنف روح لانه اي الكفيل
 عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل
 على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث
 كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي روح
 واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي روح
 وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه
 بعقده يعتبر فيه التصور وذلك غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب
 صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح
 لما بينا انه عاجز عما كفل به **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكتول له في المجلس وهذا
 عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف روح الاول وقال آخر ايجوز اذا
 اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط
 وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها

(كتاب الكفالة)

دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف ر ح يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين بشرط الاجازة في احد هما دون الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وعلى هذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف ر ح في وجد الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبدد ملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبدد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العباد لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرناه في الفصولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر لجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التملك لان فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا الوقف عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه **قوله** الا في مسألة واحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استحسانا والقياس عدمهما لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان * احد هما ان يقال اذا قال المريض لورثته تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ رحمهم الله انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت نصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في

في المجلس شرطاً قبل في كلام المصنف رح تسامح لانه في معنى الوصية لانه وصية من كل وجد لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهرة على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر و لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة * والثاني ان يقال المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصارت الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يريد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظراً الى ظاهر حاله التي هو عليها فصارت الامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتدليله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة **قوله** ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى فينا اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشائخ فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحيوة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لو ارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صحح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فنركناه على القياس او على انه بطريق الوصية

(كتاب الكفالة)

كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك من المريض
للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها **قوله** وإذا مات الرجل وعليه ديون
إذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا
لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحيحة وهي قول الائمة الثلاثة لهما
ان الكفيل تد كمل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة
بالاتفاق وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دنيا صحيحا هو المفروض وثبوته
اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة ولا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة
واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب
لا ينتفي الا ببراء من له الحق او باداء من عليه الحق او بفسخ سبب الوجوب والمفروض
عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته
في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صحيح تبرعه ولو برى المفلس بالموت عن الدين
لما حل لصاحبه الاخذ من المبرع واذا كان به كفيل اوله مال فان الدين باق بالاتفاق
فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لومات
مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا
لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن
ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولا يحنيفة رحمه الله ان الدين
سا قطلان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه
او بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتهى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة
ان المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب
يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال
فان قلت لزم قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما

بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن المأمور به فإن قلت فقد يقال
المال واجب آجابه المصنف ر ح بقوله لكنه أي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك
الفعل في الخارج ليس الابتليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء
الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وضعا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على
تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اتر
بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق فلما غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحبه
لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلال الوجوب
عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر د ليل ابي حنيفة ر ح بطريق
المعارضة واخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط
ويذكر السند بقوله فان الدين هو النعل كان احدق في وجوه النظر على ما لا يخفى
على المحققين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادةها في ما هو نظيره فيما سيأتي **قوله**
والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع
لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صححت الكفالة
وعليه ادوة وان لم يوجد الدين اصلا ولا بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق
لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ
بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري منسلا لبقائه في حق البائع
فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس
اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد **قوله** واذا كان به
كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل اوله مال وبيانه ان القدرة شرط
الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل اوله مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل
اول المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الا قضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ تنزل وكأنه

(كتاب الكفالة)

قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالأفضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدا ما ويجوز ان يكون في الكلام ألف ونشرو تقديرة فخلفه وهو الكفيل او الأفضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الأفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله * شعر * نحن بما عندنا وانت بما * عندك راض والرأي مختلف * ومعناه كلوا حد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف مابه يحصل كفاية امر الاصيل عند عدمه وهما كذلك فكنا خلفين وفيه ما يرى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان استدل الخصم باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي عليه السلام اتي بجنازة انصاري ليصل عليه فقال عليه السلام فهل علي صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان اوديناران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا علي صاحبكم فقام علي اوا بوق تادة رضي الله عنه على اختلاف الروايتين وقال هذا علي يا رسول الله فصلني رسول الله صلى الله عليه وسلم واولم تصح الكفالة عن الميت المنلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة رحمه الله عليه عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المنلس هل هو زعيم اولاه ما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي وابي قتادة رضي الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء سواء فيها ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع * ونحن نقول بجواز بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لأجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المنلس لعدم ما يضم اليه وجاحدة متساهل

متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة **قوله** ومن كفل
عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامرأة بالف عليه فتقضى الاصيل الكفيل الالف
قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلوا ما ان قضاة على وجه الاقتضاء
بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي
فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب
فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع والله باعتبار ادراهم
لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فماله يبطل هذا الاحتمال
باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز
الاسترداد فيه مادام باقية لا يكون سعيافي نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها
الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد التحول
فمادام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره * وان كان
الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطالب يبطل ذلك
باسترداده فلا يتدر عليه لكنه لا يملكه لانه تمحض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه
على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح
الحاصل من ملكه طيب له لا محالة * وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل
من الكفيل او من الاصيل * فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين
قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا * وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول
عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين
دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين
الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه
الى ما بعد الاداء ولهذا الواخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صم بمنزلة مالواخذ

(كتاب الكفالة)

وهنا بدین مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه
يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا
ذكرة الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا
والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة
الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة
مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة
الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة
الدين المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلة لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل اداءه صح
وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه
للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل
على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه
من التمثل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله
من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة
ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول
عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وح لا منافاة بينه
وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس
على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب
فلان في ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين
للتطالب على الاصيل ومطالبة له فقط على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء
فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما

فما معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فينزل هذا الدين المؤجل منزلة الدين المؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما نسخ لي والله اعلم الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله نبينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا* واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان* اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فيه فانه على الاختلاف **قوله** ولو كانت الكفالة بكر حنطة ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة رحمه الله واحب الي ان يردده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب الرد عليه ذلك في الحكم وهذه رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة راج وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يتصدق به ولا يردده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين* اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصل في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث* واما لانه رضي به اي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به

فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع
 الى اول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل
 فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكرلانه مما يتعين والخبث سبيله
 التصديق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاة فاذا
 رد اليه وصل الحق اليه مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب
 لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام
 والاشبهان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه
 على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند البيعة ومحمد رحمهما الله
 لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف رح يطيب **قوله** ومن كفل عن رجل بالف
 اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف رح بان يستقرض
 من تاجر عشرة فيا بئى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشرة مثلا رغبة في نيل الزيادة
 لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل عنه خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له
 والربح الذي ربحه البائع فهو عليه لا على الاصيل ويسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض
 من الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل
 الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس
 بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارة كذلك والالكان المراجعة مكروهة
 قبل اما مبرة الاقراض فلقوله عليه السلام الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر واما مذموم
 البخل فلقوله عليه السلام البخل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة والسخي قريب
 من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد من النيران وانما لزم الربح للكفيل
 دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد
 لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على

على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خرب متاعك في هذا السوق على ان كل وضبعة
 وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح * واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين
 يعني اشترلي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير
 غير متعين اي غير معلوم المقدار والثلث كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به
 هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل
 في الثمن وان افسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
 على الدين عليه لانه هو العائد ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل
 المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب
 باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
 الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته
 فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان بعشرة درهم فيكون مكروها لما حصل غرضه في الربوا
 بطريق المواجهة فرار عن القرض المندوب * وانما توسط الثالث احترازا عن شراء ما باع
 باقل مما باع قبل نقد الثمن * ومنهم من صور بغير ذلك وهو من موم اخترع اكلة الربوا
 وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين وابتعتم اذئاب البقر
 ذلتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة **قوله** ومن كفيل عن رجل
 بما ذاب له عليه رجل كفيل عن رجل بما ذاب له عليه او بما تضي له عليه فغاب
 المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
 لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه
 غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اموال مقضي به على الاصيل
 لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالته ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
 تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال نقضى به

(كتاب الكفالة)

بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل الله بفاك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة
 معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لئلا تتعلق بعلم البلاغة
 غير مطابق لدعواه لا طلاقها وتقييد المكفول به حتى قبل ان من ادعى على الكفيل
 ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة
 قبلت بينته لوجود المطابقة خيئة * والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به
 مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الغايصم ان يكون قبل عقد الكفالة
 او بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف رح ما يدل على ذلك
 اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه
 او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى
 صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة على ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه
 بامر قاضي به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امر قاضي به على
 الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المصنف رح منها اثنين * احدهما ان البينة
 قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به
 او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى بد فصحت وقبلت البينة لا بتأثيرها على
 دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر * ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كتبت
 لك بما ذاب لك عليه او ما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال
 وههنا لو قال كتبت لك عند الف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والآخر الفرق
 بين الكفالة بامر وبينها بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب
 عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامر او بغيره
 ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء

واذا ثبت ذلك فبد عواه احدهما لا يقضي له بالآخر لان المحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا يرى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وتضي بالكفالة بالامر بينة ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشأن ان صحة الكفالة بغير امر يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال فلان على فلان الف درهم واثابه كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفيل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسروا قام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر او بغيره * ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبت المدعي وسيأتي تمام ذلك **قوله** وفي الكفالة بامر يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامر وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بامر عيانا رجع الكفيل بما ادعى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر ربح لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن

(كتاب الكفالة)

اشترى شيئاً واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقته بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
 بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رحمه الله
 في من اشترى عبداً فباعه ورد عليه بيع بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يردّه على بائعه
 لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رح حيث لم يبطل زعمه مع
 ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يردّه
 على بائعه لان قوله لا عيب به نفى للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب
 عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني
 فافتراقاً **قوله** ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع داراً وكفل عنه رجل
 بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي
 تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلما ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري
 لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع اولا فان كان الاول وهو شرط
 ملائم للعقد اذا الدرك يثبت بلا شرط كئالة والشرايزيدة وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول
 الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته
 وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفعياً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته
 من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها
 سعياً في نقض ما تم من جهة الطالب * على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضی الخصم
 والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لانقض * وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع
 وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق
 فيكفل تسكيناً لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادرك
 درك فانها ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك
 وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى **قوله** ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على

على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا
 ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة المحامدائي
 ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف
 كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم اولا فان ادعى
 لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع
 لعدم الملائمة ولا هي اقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره
 فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ العادة
 بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشائخنا راجع ما ذكر
 ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب
 صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان
 فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدى * واما اذا كتب فيه
 ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه
 تسليم فلا تصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان
 المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ *

* فصل في الضمان *

ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد وما كان مسائل الجامع
 الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التتعاثر في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق
 العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فذن وكل رجلا يبيع ثوب ففعل وضمن له الثمن
 فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة
 التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض
 للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل

(كتاب الكفالة — فصل في الضمان *)

حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف ما للموكل عليه شيء كان حائثاً وكذا المضارب وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولأن المال أمانة في يد الموكل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكنا ضمنين فدا فرضة أمانة لم يكن أمانة ذلك خاف باطل فيكون الضمان تغييراً للحكم الشرعي وليس للعبد ذلك لشرعه إلى الشركة في الربو يبتدئ وقد تورنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً قائماً فيرد عليه كشرط الضمان على المودع والمستعير ما بينهما الرضخا المودعة والعارية للمستعير والمودع لم يجز ذلك ونقل أن يقول الوكالة بالشرع عدواً لكنا لك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنوا فاما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمس مائة والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة كما لا يخالف المعول عن علته وبطلانها كما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة هنا بمنزلة الفرع الذي لا يند كتمل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن يصح ما في وجهه يظل به أصلاً بخلاف مسألة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للاول وكذلك إذا باع رجلان عبداً بعتقه واحدة وبعت من أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لأنه أن صح فإن كان بحصته من الثمن شاعراً ضامناً لنفسه وقد تقدم فساد وان صح في نصيبه مفرزاً أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لأن القسمة أفرأ وذلك إما أن يكون حساباً بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور * وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فلا آخر أن يشاركه فيه إذا كان ما لا بدليل أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤدبه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع و

وبصبر كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصفه الباقي ثم وثم الى ان
 لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشائخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداءً ابطاله انتهاءً * نقلنا
 بطلانه ابتداءً ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف
 شائع او بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً *
 وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لان عقد
 الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة
 فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه واكن التعويل لما ذكرنا نقله صاحب النهاية
 وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح
 لو كان الرجوع باعتبار نقص ما ادى وهو ممنوع بل من حيث انه استيفاء لما يستحقه
 عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف
 الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثاله
 اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض
 افراده لا يتعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك
 نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لان عقد الاجماع الى آخره ويجاب عنه بانه
 انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر
 ان يشاركه بخلاف ما اذا باعاصفتين بان سمي كل واحد منهما ثمن لنفسه ثم ضمن
 احدهما للآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لا متياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر
 لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصنعة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا يرى
 ان المشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر له ان يتبض نصيب احدهما اذا
 نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصنعة لم يكن له ذلك **قوله** ومن
 ضمن من آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

جائز * اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج * قيل والمراد به الموطف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المتاسمة وهي التي يتسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكوة وذكر المصنف راجح فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد نعل اذا الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلت له ولهذا لا تؤدي بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككري الانهار المشتركة واجرا الحارس للمحلة وما وظيف الامام تجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما لا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم او جبهه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلمنا كالقبيح ففيها اختلاف المشائخ * قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا * وقال بعضهم يصح ومدن يميل اليه الامام البردوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها * قال فخر الاسلام راما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانهاديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ما جورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره بدلا عن اكره اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله

قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل والفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ والمراد النصيب * وكان النقيداً بوجعفر الهندواني يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن الإنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه * وقال بعضهم معناها إذا اقتسمنا ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالياء وقد علمت أن القسمة بالياء تجيء بمعنى القسم بلاءً وقال بعضهم هي النوائب بعينها وذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير وحصته منها أي من النوائب يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحد شيء من ذلك فيجب إداؤه وكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فإشاراً لمصنف إلى أن الرواية باو على تقدير أن يكون القسمة حصته من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصته منها فهو محل أو واما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو بالمر * وقيل هي النائية المروضة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة في ما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشائخ ر ح في ما كان بغير حق **قوله** ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ر ح وأبراهيم بن يوسف ر ح أن القول فيهما للمقر له وقال الشافعي ر ح القول فيهما للمقر * له أن الدين نوعان حال ومؤجل فإذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة وأجيب

بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولا يبي يوسف رح انهما تصادفا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين * واجيب بما اجيب به الشافعي رح * ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمكرو في الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقر به اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق * وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف رح ذكر الفرق الاول اقنا عيا جدا ليدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكره وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود في ما نحن فيه فلا مناقضة **قوله** ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لاننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات مال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخبار واذا كان في

في الكفالة ذاتيا كان اقرار ابنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن
والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابويوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني
والعكس هو المشهور من مذهبهما * فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد
منهما * ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قوله** ومن اشترى
جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري
الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق
ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق
للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا
فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب
الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قاله
على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف رح في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل
ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك
يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها ثبت للمشتري
حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف رح بقوله بخلاف القضاء
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحللية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء
وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد رح
فانه افتتح كتاب الزيادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به
ابويوسف رح فان محمد رح اخذ ما املى ابو يوسف رح بابا بابا وجعله اصلا وزاد
عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف رح
وزياداته من تصنيف محمد رح ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء
ابي يوسف رح في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد رح تبركا به ثم رتبها

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

الزعراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **قوله** ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل ذكرهنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا شراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وماليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز التحمل به عليه فصار مبهما فتعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به * واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقديره هو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصححا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه اورد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا واما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قبل وعلى هذا ففي كلام المصنف رح نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا فشهرة امره معذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز في ما لا ينبس فضلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف

كلام المصنف رح و ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف ايضا في العهدة ثابت * و ذكر في الفوائد الظهيرية و اما ضمان العهدة فقد ذكرهنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا * و ذكر بعض مشائخنا رح ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف رح فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير و ذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

* باب كفالة الرجلين *

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعاً فاخرة وصحاً ليناسب الوضع الطبع **قوله** اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كما اذا اشترى الرجلان عبداً بالف فالدين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما من صاحبه فما ادنى احد هما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيلاً وكل من كان في النصف اصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما ادنى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصله صرفاً الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المتقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصله اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لاديين وهي تابعة للدين لا بتائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يتزجج الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصله شيء فانتهى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاءً هاتراً احكاماً لا لانتفائه **قوله** ولانه دليل آخر على ذلك اوردته بقياس الخلف فانه جعل قبض المدعى

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه
قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فاصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه
ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء
نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت اديته عني بامري
فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسك كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت
علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو
ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك فعلى تقدير ادائي كذلك والشريك
الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى
عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه
لورجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذ اكل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما
مطالبة له على الاصيل واخري على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب
الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل
وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخره وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما ادى احدهما
وقع شائعهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة
في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذ وقع شائع رجوع على شريكه بنصفه
ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى
فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال

المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى من الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم * وانما قال في الصحيح لينا تى الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احد هما بنفسه والاخر بنيا بته ولولم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لانهما وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فتطلم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بطله على ما بينا من قوله ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا ياخذ به وهو ظاهر **قوله** واذا افرق المتناوضان فلا صحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاء والجميع الدين اذا افرق المتناوضان وعليهما دين فلا صحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاء والجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تعتقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وح كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاء والجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المتناوضه قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قوله** واذا اكتب العبدان كتابه واحدة واذا اكتب العبدان كتابه واحدة بان قال المولى كاتبكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبدل الكتابه وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع او لى ان يكون باطلا * اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه * اما بطلان الكفالة ببذل الكتابه فلما مر من انها تقتضي دينا صحيحا وبذل الكتابه ليس كذلك * ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معا فإدائه اي بادء كل واحد منهما
 كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر فلهذا وان يجعل كل واحد منهما كنفلا
 بالالف عن صاحبه كما سذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا
 قيد بها واما اذا اختلف الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة
فتعذر تصحيحهما بهذا الطريق واذا عرف ذاك عرف استواءه في الوجوب عليهما
 لاستوائيهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا
 لا يعتق واحد منهما ما لم يرد جميع البذل فيما اراه احد هما رجع بنصفه على صاحبه
 لاستوائيهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولولم يؤد يا شيئا حتى اعتق المولى
 احدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه مراضي بالمال
 الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر
 لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منتقسما عليهما وانما جعل
 على كل واحد منهما احتيا لا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى في غير موضعها
 واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض
 بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يرد
 المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما أدى انما
 هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص
 برئ بآدائه عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى
 شرط عليهما ان يؤد يا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرا للمولى بتفريق الصفقة
 فوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر للمولى ان ياخذ به ايهما شاء
 اما المعتق فبالكفالة وما صاحبه فبالاصالة قيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببذل الكتابة
 وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فبقي

فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اراه عنه بامر وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

* باب كفالة العبد وعنه *

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة لما لا وجواب المسئلة قوله فهو حال * وعدل عن عبارة محمد ر ح في الجامع الصغير وهي قوله عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال التي عبارته في الكتاب لان عبارة محمد ر ح يحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذب المولى * وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد العتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتاويلها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذب المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله للحال * اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى او المغلس * واما كونها حالا فلان المال على العبد المكتول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة ان جميع ما في يده ملك المولى ولم يرغ بتعلق الدين وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي فصار كالكفالة عن غائب يصح ويؤخذ به

(كتاب الكفالة — * باب كفالة العبد وعنه *)

الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشد يد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر اي امر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع يمنع من المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه مؤجلاً ثم اذا ادعى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذلك الكفيل لقيامه مقامه **قوله** ومن ادعى على عبد ما لا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً او عبداً فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حراً وذكر هذه تمهيداً للذي بعدهما وليبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبه العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردّها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذلك في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذلك كفيله * وانما قيد باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد المبت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار رحمة فاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقربه الاصيل **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه باذنه اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق اولا * فان كان الاول لم يصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى * وان كان الثاني صححت اذا كانت

عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا كان العبد او غيره مديون
 فاذا صحت الكفالة وادى العبد بما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده
 لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر راجح يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة
 بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد
 لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب
 على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابد اكن كفل
 عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء
 من ذلك ونوقض بان الراعي اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين
 فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه
 مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت التحريستوجب
 دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب بد قبل العتق فلا يكون
 مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حرا وعبدا وانما قال
 بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا
 غير بدل الكتابة ما في بدل الكتابة فلان الدين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب
 عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى
 لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فَكَاتِبُوهُمْ اِنْ عَلِمْتُمْ
 فِيهِمْ خَيْرًا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقرا ي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
 في حق صحة الكفالة لاقتضاها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر
 جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم تبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزا ولعلنا قلنا ولانه
 دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستتر من الدين
 ما لا يستطاع الا بالاداء او بالابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم

صحة الكفالة ببذل الكتابة * وتقريره ان الكفالة به ان صححت فلا يخلوا ما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما * اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك * واما الثاني فلنفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونقيا للزيادة على المستلزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ازمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز * واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه وتفسخ الكتابة سقوط بدليها لا ابتنائها عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبذل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرم المديون

* كتاب الحوالة *

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احدهما للآخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفوا الكفالة فكذا اما يتضمنها * والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال * وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتمل عليه على سبيل التوثيق به واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها **قوله** وهي جائزة بالمديون الحوالة جائزة بالمديون دون الاعيان اما الجواز فبدل عليه النقل والعقل اما الاول فماروى ابوداود

ابوداؤد في السنن وقال حدثنا القعيني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملي فليتبع *
 وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسنادة النبي أبي هريرة رضي حديث
 أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل امرئ بالاتباع
 والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأموراً من الشارع فدل على جوازها * وأما الثاني
 فلأنه قد رُوي أنما التزامه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها
 بالديون فلأنها تنسب عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقديره الحوالة
 تحويل شرعي والتحويل الشرعي إنما يتصور في محول شرعي وهو الدين لأنه وصف
 شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر التزامه *
 وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن المحسوس
 يكذب به فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قوله** وتصح برضا المحيل
 والمحتمل والمحتمل عليه شرط صحة الحوالة رضي المحتمل أن الدين حقه وهو أي الدين
 ينتقل في الحوالة والذمم متناهية فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لأقل العلم
 وأما رضي المحتمل عليه فهو شرط عندنا **وقال الشافعي** ربح أن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط
 وبه قال مالك وأحمد ربح لأنه محل التصرف فلا يشترط رضا كماله الوباغ مبدأه فلا يشترط
 رضا لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كماله وكل بالاستيفاء وأما إذا
 لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضا بالإجماع * فله أن الزام الدين ولا لزوم بدون
 الالتزام لا يقال الزام الحاكم باليمين على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحكم اظهر
 للالتزام لا الزام وأما رضي المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروات
 قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة
 تصح بدون رضا لأن الزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه والمحيل

لا يتصور به بل فيه تفعلان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون
فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري
ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها يكون اسقاطا لمطالبة
المحيل من المحال عليه فلا يصح الا برضاة والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداءً وها
من المحيل وقد تكون من المحال عليه * والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدوري * والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات * وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب
اليه الاثمة الثلاثة بناء على ان ايناء الحق حقه فله ايفاءه من حيث شاء من غير قسر عليه
بتعين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ليس على ما ينبغي **قوله** واذا تمت الحوالة برى المحيل من الدين بالقبول
اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين * وقوله بالقبول متعلق
بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضا شرط فيها على ما تقدم * وقوله من الدين
اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشائخنا رحمهم الله * فان منهم من ذهب الى انها
توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا * ومنهم من ذهب الى انها توجب
براءتها عن المطالبة ومنشاء ذلك ذكر محمد بن حاكم ما تدل على القولين فمما يدل على الاول
ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأ من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته
وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه
صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه * ومما يدل
على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كما براءة الكفيل ولو انتقل
اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل
في الكفالة فان البراءة يكون تملك الدين ممن عليه الدين والتملك يرتد بالرد * ومنها

ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله * قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله * وقيل الاول قول ابي يوسف رح والثاني قول محمد رح * والفائدة تظهر في الراهن اذا حال المبرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف رح يسترده كما لو ابرأه عن الدين وعند محمد رح لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفي ما اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف رح لا يصح ابرأته بالحوالة وعند محمد رح يصح لبقاء الدين في ذمته اذا المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف رح يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتمى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى رح وتقل ذلك عن مالك رح الكفالة كالحوالة كما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من الاشتراك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعتبر بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مروا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب اننا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء **قوله** والتوثيق باختيار الاملى جواب لفر رح تقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثيق لكن براءة المحيل لا تنافي فيه لان التوثيق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاندراج على الابقاء

لبسوطه سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مطالعة وهو في الحقيقة ينزل
 في الجواب بالقول بالواجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله
 والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لوصح ذلك لانتقل الدين
 من المحيل فصارا جنبا منه فاذا نكده كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي
 لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمقود ويكون المحيل اذ ذاك
 متبرعا كالاجنبي فباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب
 لانسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى
 وهو محتمل فلا يكون متبرعا **قوله** ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف
 على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على
 المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رح لا يرجع
 وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى
 وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك فلا يعود الاسباب جديد
 كما في البراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به
 على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعد
 بمجرد احتياله ولم يجوز له الرجوع فلما البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع
 والاول مسلم لكن لا يفيد كم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة
 فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة بدلالة الحال لان المقصود
 من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان
 الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايضاء فصارت سلامة الحق
 من المحل الثاني كالمشروط في العقد لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق
 الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى

اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فانه ينفسخ بنفسه العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظاً لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشائخ وقوله او تنفسخ الحوالة لغواته اي لغوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للنفسخ حتى لو تراخى على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذافات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رح جمع بين طريقتي المشائخ رحمهم الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأبأها ابتداء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر * كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احدا الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء * وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختر الغرماء استسعاء العبد ثم توى عايبهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل منهما اصل * فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد * وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة تواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع **قوله** والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين توي المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة رح يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينته

(كتاب الحوالة)

للمحال ولا المحيل على المحال عليه لانه ح لا يقدر على مطالبته * واما ان يموت مفلسا
 لان العجز عن الوصول الى الحق وهو النوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما *
 اما في الاول فلما ذكرنا * واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال
 عليه ونبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء
 لا براءة إسقاط فاما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع * وقال هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم
 الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم
 عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا النوى وهو العجز عن الوصول الى الحق فقد حصل ههنا
 لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه * وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه
 بحدوث المال لان مال الله غادر اريح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولومات
 المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشافعي رح القول
 قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة * يقال افلس الرجل اذا صار
 ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه
 حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قوله** واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه
 المحيل بمثل الحوالة مد عيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت بدني لي عليك
 لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق
 باقراره الا انه يدعي عليه دين وهو منكر فالقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها
 بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين
 عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه
 فيجوز انفكاكها عنه * وح يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال
 بما حاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلت بدني كان لي عليك
 فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه حاله لتقبضه

ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل آجاب بقوله ولفظه الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوا ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظه الحوالة تستعمل فيها مجاز المافى الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له في يد المحال عليه بالوديعة او العصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه * والمطلقة وهي ان يرسلها رسالا لا يقيد هابدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه او في يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا * وهو على نوعين حالة ومؤجلا فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها التحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة * والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك * اذا عرف هذا فقولنا ومن اودع رجلا الف درهم واخال بها عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه ووديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جواز ذلك بوجهين * احدهما ان الاداء بها يتحقق من غير حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر * والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان تكون جائزة بالعين اجد رفاً فان هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيدها الحوالة بالوديعة لانه ما التزم

(كتاب الحوالة)

الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمعصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها
بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك
وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا
الى خلاف ذلك كالفوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك واحال المديون
الطالب على مديونه بالالف على ان يوفيه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة
وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا
وبالدين ان لا يملك المحيل المحتمل عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به
بعد هالانه تعلق به حق المحتمل فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه
مما للمحيل عليه او بيده فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن
من اخذها ولو دفعها المودع او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير
على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن
لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر به يخالف
حكم الحوالة حكم الرهن بعدم اتعافي عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهوان الحوالة
اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحتمل اسوة للغرماء بعد موته
خلافا لفرز رح وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحتمل
كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحتمل
على غيره كما مرتهن فلنا العين الذي بيد المحتمل عليه للمحيل والدين الذي عليه لم يضر

لم يصير مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يد او هو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للنقل
 فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يد او حبسا فثبت له نوع اختصاص
 بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه **قوله** وهذا اشارة الى قوله
 ان لا يملك المحيل * وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلق لبيان الحوالة المطلقة وانها
 لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان
 لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه
 وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة و على هذا ليس للمودع
 والغاصب ان يؤدى دين المحتال من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء
 الحوالة كما كانت **وقوله** ويكره السفائح السفائح جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي
 معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع
 الى تاجر ما لا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض
 في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط
 خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
 قرض جبر **تنعا** * وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل
 انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكتالة والحوالة فانها
 معاملة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب

* كتاب ادب القاضي *

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي
 والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب
 اسم يقع على كل رياضة محمودية يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قال ابو زيد *
 ونحوه ان يعرف باذنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه * ولا شك ان القضاء بالحق من

(كتاب ادب القاضي)

اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى
 خاتم الرسل محمد صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التوراة
 فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع
 اهواءهم **قوله** ولا تصح ولاية القاضي لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في الموالي بلنظ
 اسم المفعول واختاره على المتولي بلنظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي
 ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل
 والبلوغ ويكون اي المتولي من اهل الاجتهاد* اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة لان
 حكم القضاء يستقضى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة
 من باب الولاية وهو تنفيذ التول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية
 من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة* لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من
 ولاية الشهادة او مترتبة عليها كانت اولى باشتراطها* وربما لوح المصنف بقوله يستقضى
 استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء
 وبالعكس فالعاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه
 لا يؤتمن في امرا دين لقلة مبالاة فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته
 ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر
 الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان
 عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفه او غيره مثل الزنا وشرب الخمر
 لا يعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر
 وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي
قوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي
 انه ينغرل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف روح ويجوز

ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار
الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن العلماء الثلاثة
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي رح فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل
شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده
فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل
ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد عدالة في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان
التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانقائها واعتراض بان قول الفقهاء البقاء اسهل
من الابتداء بنا في جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت
لانه من مسلمات هذا الفن يمتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء
بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق
ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان
معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم
وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز
ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعاق بالشرط ينتفي بانتفائه
والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد
ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبني الامارة على السلطة والقهر والغلبة
الانبرى ان من الامراء من غلب وجاروا جازوا واحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه
وصلوا خلفه* وامام مبني القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء
ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها
وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط

(كتاب ادب القاضي)

الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق
 لا يصلح وقد ذكر محمد ربح في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح
 ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاص القاضي يقتضي باجتهاد نفسه اذا كان
 له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله **قوله** واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا
 يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا
 بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا
 من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي ربح فانه عله بقوله
 ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه والقدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد
 وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فان الانسان
 لو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكن ان يقتضي بفتوى غيره
 لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل من اجتهاد
 نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل ربح في مسنده
 ان عليا رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا وانا
 حديث السن فقلت ترسلني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال
 ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه
 يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط للجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل
 الاجتهاد * نعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدروا الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد
 انسانا عملا وفي رعيته من هو اولي منه فقد خلى الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث
 ثبت بنقل العدل عن العدل فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل
 فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل **قوله** وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد
 اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك

ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار * او صاحب
 فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه * والفرق بين العبارتين بين * وقيل
 وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة
 خالصة عن التشكيكات المكدرية ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب
 بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سبب له من عرف او عادة فان من الاحكام
 ما يمتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قوله** ولا بأس بالدخول
 في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق
 لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى يا اودنا
 جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا عليه الصلوة والسلام انا انزلنا
 اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس
 بالدخول فيه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
 امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بالدخول في فرض الكفاية وان لم يكن واجبا
 فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنائز وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطرا الوقوع
 في المحذور فكان به بأس **قوله** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن
 اداء فرض القضاء ولا يأم من على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لئلا يصير الدخول
 فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء * وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر
 ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفي الغالب يكون ذلك
 مشروطا بمقدار معين مثل ان يقول لي علي فلان اوله علي مطالبة بكذا فان قضيت
 لي فلان كذا او كره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سوءا وثقوا بانفسهم
 او خافوا عليها * وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم
 من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رجح دعي الى القضاء ثلث مرات

(كتاب ادب القاضي)

فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير
اصحابي فاستشارا بـابـيوسف رح فقال ابـويوسف رح او تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه
ابـوحـنـيفـة رحـمـه الله نظر المغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اندر عليه
وكانني بك قاضيا وكذا دعـي محمد رح الي القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطرم ثم تقلد واستدل
المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين
رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح
بغير سكين قال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن
بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة
لكن في باطنه لانه هلاك * وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى
هذا اللطـف كيـلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روي له هذا الحديث
فازدراءه قال كيف يكون هذا ثم دعـي في مجلسه بمن يسوي شعرة فجعل الحلاق يحلق
بعض الشعر من تحت ذقنه ان عطس فاصاب الموضع والفقير رأسه بين يديه * ثم قال المصنف
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لما روى الحسن عن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله انه اذا قلد من غير مسئلة لأسـ يد فقال الترك مزينة لانه قد يخطي ظنه فيما
اجتهد ولا يوقف له اذا كان مجتهدا ولا يعينه غيره عليه ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد
قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للمختصاف دخل في القضاء قوم صالحون
واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلاح واسلم لدينه لانه يلتزم ان يقضي بالحق
ولا يدري ايندر على الوفاء به او لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه * وهذا اذا كان في البلد
غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الا دل لا غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة
لحق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والتصاص فاذا كان
في البلد قوم صالحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا كان السلطان

السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى تلد جاهل اشتركوا في الائم
لادائه الى تضييع احكام الله تعالى **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من يصلح
للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك
رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسرده * وكل بالتخفيف اي فوض امرة اليها ومن فوض امرة الى نفسه
لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه
وورعه وذكاءه واعجبته نفسه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بمطلب مال الوال يحرم
به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكره علي ما لا يحبه وبرضاه
وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق **قوله** ثم يجوز التقليد
تفريع على مسئلة القدوري يبين انه لا فرق في جواز التقليد لاهله بين ان يكون المولي
عادلا او جائرا كما جاز من السلطان العادل جاز من السلطان الجائر وهذا لان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوا القضاء من معاوية رضي الله عنه وكان الحق مع
علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه * وانما قيد
بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر
وعثمان رضي الله عنهم اجمعين وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل العقد
والحل على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام * وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان
لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه
من القضاء لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه **قوله** ومن
تولي القضاء يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولي القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان
القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر

والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها ابي السجلات وغيرها انما
وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء والا
لا يفيد وسمها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها
بالتذكير * ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او غير ورق لا يخلو عن امور
ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول * فان كان
الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المتولي وكذا ان كان من مال القاضي
وهو الصحيح لانه اتخذته تدبيرا لا تمولا * وقوله في الصحيح في صورتين احتراز عما قاله بعض
المشائخ ان البياض ان كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه
لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا لما ذكر **قوله** ويبعث امينين بيان لكيفية
التسليم وهوان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو حوط والواحد يكفي فيقبضها بحضور
المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة على حدة لئلا يشبه
على المتولي وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لا يشبهه
على ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المتولي فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة
يشبهه على المتولي فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال
اي سوال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا
فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك يختمان على ذلك احتراز عن الزيادة والنقصان
قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى
الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني مخذوف
وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها * وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل
مضمربدل عليه قوله ويسألانه اي يسألان شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني

الثاني كالللام في الاول * والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلاً كما في قوله بينت له حسابه بابابا **قوله** وينظر الموتى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظر الامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التخص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار وكلي الواجد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه * ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينه لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود رد هم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا وكذلك وان لم تقم اولم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضروا الا فمن راي القاضي ان يطلقه * فان لم يحضر لم يرسل منهم خصم اخذ منه كفيل بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهر لا يعجل بالتخليه ويستظهر امره لئلا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر * والفرق لا يحنف رحمه الله بين اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيل على ما سياتي ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير المحقق لا عمر وهو موهم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفيل لامر موهم * وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه * وان قال لا كفيل لي اولا اعطي كفيل فانه لم يحب علي شي نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط

بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهر قوله وينظر المولى في الودائع وارثاع الوقوف
لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به الهيئة او باعتراف
من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الان يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت
ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه بيده في الحال ولو كان بيده عيانا صح
اقراره به فكذا اذا كان بيد مودع لان يد المودع كيد المودع الا اذا ابدأ ذواليد بالاقرار
لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره
الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه
وذلك لان من بيده المال اما ان يقرب شي مما اقر به المعزول او يحدد كله * فان كان الثاني
فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شي * وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي
الي وهو فلان بن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب ولا بتعليله فاما ان يقول
دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل *
واما ان يقول دفعه الي وهو فلان غير من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لا بد بالرفع
من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر له فلان وهو لا يصح * واما ان يقول
هو فلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر وحكمه
ان المال يسلم الى المقر له او لا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم
الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا * وهذا لان اقراره الاول
ما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول فلان
آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي اتلف المال على من
اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره من الصدر والشهد
وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده او لا وعلى كل واحد من التقديرين

التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ به واليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ به بالقرار
للغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه
الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا
وذلك لان الاقرار ممن لا يد له بصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد
لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره ممن لا يملكه واذا اقر بالملك
لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لانه
اقرار في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالتلاف حقه باقراره
لغيره في وقت يسمع منه ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس
للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يستمر مكانه على الغرماء وبعض المقيمين * وروي عن
ابي حنيفة رحمه الله انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس * قال الامام
عليه السلام يزدوي رح وهذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار
مسجدا في وسطها لئلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي
رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى
اِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ وَيَحْضَرُهُ الْحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنِ الدُّخُولِ فِي الْمَسْجِدِ * وفصل
مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما
بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة
في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء
بالحق من اشرف العبادات فجاز في المسجد كما اصلوة **قوله** ونجاسة المشرك جواب عن دليل
الشافعي رح وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينادي في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه والحائض

تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها
 وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل يجوز ان يكون الحائض
 غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها فلما الكفار ليسوا بمخاطبين
 بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في دارة لا بأس بذلك قال الامام
 فخر الاسلام اذا كان دارة في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها ياذن للناس
 بالدخول فيها لان لكل احد حق في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه ولو جلس
 في المسجد حتى يكون ابعده من التهمة ان في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة **قوله** ولا يقبل
 الهدية الا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم لداو ومن جرت
 عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة
 المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناد الى عروة بن الزبير عن ابي حميد
 الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازديين ليدان الاتبية على
 الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم فها جلس في بيت ابيه
 او بيت امه فليظرا يهدي له اولا * واستعمل عمر رضي الله عنه اباه ودية رضي الله عنه فقدم
 بمال فقال من اين لك هذا قال تاجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله
 هلا فعدت في بينك فتظرا يهدي لك ام لا فاخذ منه ذلك وجعله في بيت مال فعرفا ان
 قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه
 من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ
 الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهادة قبل القضاء وان لا يكون * وعبرة النهاية تدل
 على ان المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته
 قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس باكمل على القضاء بل هو جري على العادة
 حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة

ذا خصومة اولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهادا قبل القضاء
 او لم يكن * والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك اولا والثاني كذلك
 لانه آكل على القضاء فيتحاما وهما الاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد
 وقال الامام فخر الاسلام رح ان زاد على المعتاد عندما زداد مالا بقدر ما زاد في المال لا بأس
 بقبوله * ثم ان اخذا القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اخلاف المشايخ رح * فبعضهم قالوا
 يضع في بيت المال * وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير
 وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم
 اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب
 عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يتحضر القاضي دعوة الا ان تكون
 عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة ومادونه خاصة * وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى
 ذلك خاصة وذكر المصنف رح ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي
 لا يتحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل
 بين القريب وغيره وهو قول ابى حنيفة رايي يوسف رحمه الله وعن محمد رح انه يجيب
 دعوة القريب وان كانت خاصة بالهدية * قيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث
 جوز قبول هدية ذي رحم محرم ولم يجوز ا حضوره وعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول
 على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكرنا
 في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر
 الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي
 دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى اذاء الخصم الاخر والى التهمة **قوله** ويشهد
 الجنائز ويعود المريض الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم
 قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب رضي الله عنه

(كتاب ادب القاضي)

قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة
 ان ترك خصلته او شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه اذا دعا ان يجيبه واذا مرض
 ان يعود وادامات ان يحضره واذا اتى ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا
 عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم
 نهى عن ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
 ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة **قوله**
 واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاية
 والاخر فقيراً او كانا اباء ابنا سوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه
 لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي ففات التسوية ولو اجلس احدهما
 عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي
 فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه
 ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما لئلا يكون منفصلاً لا حد الخصمين
 على الآخر * وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاية وكذلك
 يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا
 ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة **قوله** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم
 القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقيه حجة ولا يضحك
 في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الاخر فينجيه
 عن طلب حقه فيتركه وفيه اجترأ من فعل به فاك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم
 لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلاً يمنع الناس عن التقدم بين يديه
 في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب فيقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز
 من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي

القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قوله** ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول له اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاهياء حقوق الناس وربما يحصر الشاهد عن البيان بمهاينة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفاء وخمسائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستغاد الشاهد علما بذلك ووقف في شهادته كما وقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق * وتأخير قول ابي يوسف رح يشير الى اختياره المصنف رح * والاشخاص هو ارسال الرجل لاجل اضرار الخصم

* فصل في الحبس *

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افردة في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى **او ينفوا من الارض** فان المراد به الحبس * وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او الد هليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه للصوم فبنى سجننا من مدرفسماه مخيسا * ولان القاضي نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا يجبر بالضرب فيكون بالحبس **قوله** واذ اثبت الحق عند القاضي اذ اثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلوا ما ان ثبت بالافرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها

(كتاب ادب القاضي — فصل في الحبس *)

واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مما طلا في اول الامر لان من حجه ان يقول ظننت انك
 تمهلني فلم استصحب المال فان اتيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه *

وان كان الثاني حبسه كما ثبت بظهور الما طلة بانكاره * وروي عن شمس الائمة السرخسي
 عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا
 علي فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار
 والمال غير مقدري في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به *

والحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والنفط والاضحية والجمعة وصلوة مكتوبة
 وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله
 لان حقوق الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن
 ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا التقدير كثير ضرر بالطالب * وان مرض
 وله خادم لا يخرج لانه شرع لتضجر قلبه فيسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر
 وان لم يكن له خادم اخر جوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس
 بمستحق عليه * ولواحتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطأهما حيث لا يطلع عليه
 احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذلك شهوة الفرج * وقبل الجماع ليس من اصول
 الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام * ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم
 في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده **قوله** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا
 فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه
 وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في قبول
 دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي
 وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده
 كمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف رح على ذلك بقوله لانه

لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا ينزل
بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يتقدر على
ادائه وهذا يوجب تسوية بين ما اذا كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن
دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجمله دون مؤجله لان العادة جرت
بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبس
في ما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنایات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة
اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا يبيته فيحبسه وروى الخصاف
عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول المدعي عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا
عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي
عارضه والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وكان القول قول المديون
مع يمينه وروى ان القول له الا في ما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رح
لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي * وما لم يكن بدله
مالا كالمهر وبدل الخلع وما شبه ذلك فالقول قول المدعي عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء
ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة احوال وفي المسئلة
قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعي عليه
كما في نفقة المحارم * والآخر ان يحكم الزمي ان كان زمي الفقراء كان القول له وان كان
زمي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم
يتكفون في الزمي مع احتياجهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزمي فيهم
دليل اليسار وقوله النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة
اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه
نفقة المعسرين فالقول قول الزوج * وفي كتاب العتاق ان احدا الشريكين اذا اعتق نصيبه

(كتاب ادب القاضي — فصل في الحبس *)

من العبد وزعم انه معسر كان القول له وهاتان المسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين
 الاخيرين اما تايد هما للزعي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول
 قول الزوج والمولى مع انهما باشر اعدا النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكرنا ولا كان القول
 قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار * واما تايد هما للذي كان القول لمن عليه
 الا في ما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول
 من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله وتخرج على ما قال في الكتاب يعني
 القدوري جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقديره انه اي الثقة على تاويل الاتفاق
 ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموث بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح
 وهو ما لا يسقط الا ببراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رح
 وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
 او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه
 اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالايفاء والاقدام عليه
 دل على انه قادر عليه ثم في ما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
 في ما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل جيرانه واهل حرفته
 عن يساره واعساره اما الحبس فليظهر وظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار
 ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة لتتبدل هذه الفائدة فقد ربما ذكرنا ويروى غير التقدير
 بشهرين وثلاثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الائمة
 الحلواني هو ارفق الاقوال في هذا الباب ويروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اربعة اشهر
 الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمقدر لازم بل هو مفوض الى رأي
 القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من تضجر في السجن في مدة قليلة
 ومنهم من لا يضجر كثير تضجر بمقدار تلك المدة التي تضجر الآخرون وقع في رأيه ان هذا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

المفهوم من كلامه انه لا تخلية مالم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في نسخ ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد شاهدان انه مغلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخبرنا امرة سرا وعلانية فغيبه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشائخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد رح فيه روايتان في رواية لا يحبس به كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليه عامة مشائخ ما وراء النهر انه يحبس ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على التقى ولا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس فمضت مدة فقد تايدت به اذا ظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حسبه وان كان معسرا خلي سبيله وهذا بظاهرة يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس اول وهلة فيحتاج الى تاويل ولهذا ذكره المصنف تاويله بقوله ومراة اي مراد محمد رحمه الله اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحتمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل **قوله** والحبس او لا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيد **قوله** ويحبس الرجل

الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطالحا على مقدار فلم ينفق عليها فرفعت الى الحاكم حبسه اظهر ظاهرا بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الوالد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى وَلَا تَقْلُ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذِّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الانْفَاقِ عَلَيْهِمَا لَانَ فِيهِ أَحْيَاءُ وَلَدِهِ وَفِي تَرْكِه سَعْيٌ فِي هَلَاكِهِ وَبِجُورَانِ يَحْبِسُ الْوَالِدَ لِنَفْسِهِ أَتْلَافَ وَلَدِهِ * ولان النفقة تسقط بمضي المدة فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم تسقط به فافترا * وكذا لا يحبس المولى بعده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء * وكذا العبد مولاد لانه لا يستوجب ديناً عليه * وكذا الدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة و اذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله * وكذا المكاتب الدين الكتابة لتمكده من استقامه فلا يكون بالمنع ظالماً ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية * وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله اعلم *

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين * والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير ان الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه يجوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء **قوله** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندري بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلاً والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

على خصم اولا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لتلايقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند ذكر ما عداها ان شاء الله تعالى وقوله وجوزة هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوزة ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المنطوق وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا يجوز الكتاب الى القاضي لذلك * ولا يبرأ بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا في ما كان بمنزلة **قوله** وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذا في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط

كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * (

شرط في ما ذكرت وهو ليس يمدعى به وانما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال * الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدينون لابد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بما نفع بالاجماع ويتقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف رح في العبيد ونالوا غلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم خارج البيت والامة تخدم داخل البيت غالباً وعنه اي عن ابي يوسف رحمه الله ان يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعنى الكتب المبسوطة وشروح ادب القاضي * وصفة ذلك بخاري ابقاه عبد الله سمرقندي فاخذه سمرقندي وشهود المولى بخارا فطلب من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقندي فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهين الى المكتوب اليه يحضرا العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى به له لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضور العبد ويأخذ كفيلاً من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص كفيلاً يتهم المدعى بالسرقه ويكتب كتاباً الى قاضي بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله * وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله ان قاضي بخارا لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب واكن يكتب كتاباً آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

وختمه وما فيه ويبحث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويرى الكفيل * وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي لكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه * ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا او يستغله ويأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصنعة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالأخذ بالقياس اولى وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المناخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول رحمهم الله **قوله** ولا يقبل الكتاب الابشادة الرجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يستقط بالشبهات وهو مما يطالع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق * وكان الشعبي رح يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بيعة فيما سأل على كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بيعة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بيعة لان الانزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببيعة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينقد بكتابه ينقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يابى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد في موضع
القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة * واما الرسول فقائم مقام المرسل
والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد
من الرعايا **قوله** ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة
قال الله تعالى الْأَمْسُ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ويختتم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا
يتوهم التغير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف رح انه يدفع الكتاب
الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على
حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رح
آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا
على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل
في ذلك لما ابتلي بالقضاء انما قال آخر الان قوله الاول مثل قول ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
واختار شمس الايمه السرخسي قول ابي يوسف رح تيسيرا على الناس **قوله** واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي
الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه * فاذا وصل الكتاب اليه
لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم
فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم
بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاطع قال ابو يوسف رح يقبله من غير
حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع
بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به **قوله** فاذا سلمه الشهود اليه

(كتاب ادب القاضي -- * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فان شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه عليهما وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزعم بمافيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتاب فلان وختمه قبله وفتحه على مامر انه لم يشترط شيئاً من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فان شهدوا وعدلوا قال المصنف رح والصحيح انه يفيض الكتاب اي يفتحه بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص لان اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك * وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطاً ولم يظهر فاما ان لم يكن شرطاً فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب ان لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن * وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لانه يعمل الاصح ما قاله محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او غم أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على مامر من قول بعض المشائخ رح قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب * وقال ابو يوسف رح في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رح لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

وانه لا يمنع القضاء * ولنا القول بالمرجوب وهو ان الكاتب وان كان نافلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذ اقامت القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف رح بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في غير عدله او في غير عملهما وهذا ظاهر في ما اذا عزل اما في الموت او الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن اهليته اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما قال والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين * ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل احد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الي معلوم ثم صير غيره تبعه بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند الشيخين قرح * وقيل الظاهر ان محمدا رح معدلانه من معلوم الي مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف رح في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلات الامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي رح

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم

* فصل آخر *

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتياجه الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به * وهذا يدل على ان الفصل من تنمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخرينا في ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاوّل ان يجعل هذا فصلاً آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر **قوله** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستثنى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلاً للشهادة يكون اهلاً للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما * وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذ نابا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلما افتتح الامام الاول الصلوة

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد لها جازلان المستخلف بان لا مفتتح واعترض
 بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة
 واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة واري
 ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلوة اولى فتأمل **قوله** ولا كذلك القضاء
 اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يغوت بالتاخير عند العذر * فمن اذن بالجمعة
 مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من اداؤها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف *
 بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني
 عند غيبة الاول فاجازة الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل
 اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازة الاول جاز وقوله لانه حضره
 رأي الاول يصلح دليلا للمستثنين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره
 رأي القاضي وقت نفوذه لاعتداده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازة قضاء
 حضره رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجي في كتاب الوكالة قبل الاذن
 في الابتداء كالا جازة في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل
 من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي فكان
 رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به **قوله** فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي
 ولي من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول
 عزله لانه صار راضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت
 فيملك الاول عزله * وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة
 ولي من شئت واقتصر على ذلك كان امرا له بالتولية والعزل خلافا واذا اضاف الى ذلك
 واستبدل من شئت كان امرا له بهما فكان له * فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان
 اذ ناله بالاستخلاف والعزل دالة لان قاضي القضاة هو الذي ينصرف في القضاة تقليدا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

وعزلا كذا في الذخيرة * قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان آوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانه من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التتليد والتعليل المذكور في التتليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر **قوله** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا انغذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَدًا كَرَاهٍ عَلَيْهِ أَوْ السَّيِّئِ الْمَشْهُورَةِ كالحكم بحل المطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطالان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قول لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك * وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل الاستثناء فانه يقول عدم تنفيذ اذا كان مخالفا للدلالة المذكورة بسبب انه يكون قول لا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احداهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذ المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة * والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للدلالة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا فانه اذا انغذه وهو مخالف لرأيه ففي ما يوافق اولي ورواية القدوري ساكنة عن الفائدتين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

مخالفاً للدلالة المذكورة ان القضاء متى لاقى محلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرد فيه لان اجتهاد الثاني كما جتهد الاول في ان كلامهما يحتمل الخطاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع الاصلح مرجحاً لاصله من حيث هو منه او مطلقاً والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحاً لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه عن اصله بالفرع اذا الشئ المساوي للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاخر مسلم وليس الكلام فيه * ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيد اقضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر رضي الله عنه لو كنت لتقضيت لك فقال ما يسعك يا امير المؤمنين الساعة فاتقض لي فقال عمر رضي الله عنه لو كان ههنا نص آخر لتقضيت لك لكن ههنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسي لما ذهبه فيه نفذ عند اي حنفية رح وان كان عامداً ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضاً بطريق الاولين انه ليس بخطاء بيقين لكونه مجتهداً فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعمامة المجتهدات * ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو مواخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده فيعمل به بزعمه قال المصنف رح وعليه الفتوى **قوله** ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفاً لما ذكرنا لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ما ضي اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع * فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد * بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذ كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ
بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف للاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة
الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا
مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة
الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه
والمراد بالسنة المشهورة ههنا كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور
اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لاختلاف فعلى
هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع
اليه * وينبغي ان يحمل كلام المصنف رح هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ
اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه
احد وانكروا عليه * فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة
بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب
الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض
احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة
ولعله اختيار المصنف رح ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لان عقادة
لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه
ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهد فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة
والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي رح
او المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم
لم يرب ذلك كان له ان ينقضه **قوله** كل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما قضى
القاضي بتحريمه في الظاهر اي في ما يمتنع في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

قضى باحلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق
لا في الاملاك المرسله وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور
فمن العقود ما اذا ادعى على امرأه نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى
القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة رح
وهو قول ابي يوسف رح الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابي يوسف رح
الاخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكروا منها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء
كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعني هذه الجارية او من جهة البائع
مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعا
سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهد افيديو بالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل
مما يتغابن الناس فيه اولا عند بعض المشائخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصد
والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه
العبد الماذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات * وقال بعضهم
انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانه شرط صحة العقد ولم يكن
البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشيا وانما يصير منشيا فيما له ولاية الانشاء وليس له
ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع * ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد
في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطئها ومنها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزواج
آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها
بان كان احد الشاهدين اولم يعلم بذلك * وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطئ
لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك * واما الزوج الاول فلا يحل له
الوطئ عند ابي يوسف رح آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك لكان زانيا

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

عند الناس فيحدونه * وذكر شيخ الاسلام ان علي بن ابي يوسف رح الآخري حمل وطئها سراً
وعلي بن قول محمد رح يحمل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحمل سواء
علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم **قوله** ولا يقضى القاضي على غائب القضاء
على الغائب وله لا يجوز عندنا الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح
ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جازوا الا لا يصح في الاصح
لان في الاستتار تضيقا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة
وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحمل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة
لنقطع المأزعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل
الا ان الشرع جعلها حجة ضرورية قطع المأزعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وقر بالحق
لا حاجة اليها ولا مأزعة الا بالانكار ولم يوجد فان قل قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر
الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكر احتملا لامره على الصلاح اذا ظاهر من حال المسلم
ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفع الظلمه ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع
الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا مأزعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا
في مانحن فيه فان الاصل عدم الاقرار الا في اليد الملك فلنا ممنوع فان الظاهر من حاله
الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجوده ايصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك
الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قل لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك
فلنا اذا كان شرطا للملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب
آخرون قل وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر
فاقر امت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا
لا يظهر به الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى
ويدعي الاداء ويثبته او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقع ذلك بعد الحكم ممكن

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

ممکن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد **قوله** ولانه يحتمل الاترار الى آخره دليل آخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان يشتبه وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملها من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة * وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وادها وان اقربها الرجل لم ياخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة المستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض * بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا ترجع الباعة بعضهم على بعض * فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اباسفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك ولديك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجنباه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب اولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هذبان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا يرى انها لم تقم البينة **قوله** ولما انكرتم غاب فكذاك يعني

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب
 قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصير حجة بالقضاء
 وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف ررح فانه يقول الشرط الاصرار
 على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالا استصحاب واجيب بان
 الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب
 لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب
 اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب
 كما اذا وكل شخصا وهو ظاهرا والقاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون
 ما يدعي به على الغائب سببا لازما لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان
 سببا لازما سواء كان المدعى شيئا واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه
 وانكر ذواليد فاقام المدعى بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها
 فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت
 ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة * او شيئين مختلفين
 كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا
 فلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة
 والمدعى شيئا من المال على الحاضر والعق على الغائب والمدعى على الغائب
 سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال
 فان القضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب
 لان المدعى شيء واحد في الاول او كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر
 الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب
 المبسوطة والمصنف ررح لم يتعرض الاللسببية واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين

اوشئين مختلفين فلم يتعرض له للحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت
 ثبت بلوازمه * وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت
 فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب
 ن زوجك فلان الغائب وكلني ان احدثك اليه فقالت انه كان قد طلقني فلانا واقامت
 على ذلك بينة قبلت بينها في حق قصر يد الوكيل عنها لاني حق اثبات الطلاق
 على الغائب حتى اذا حضروا نكر الطلاق تجب عليها اعادة البينة لان المدعي على الغائب
 وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما تدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق
 متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد
 يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعي على الغائب سببا لثبوت المدعي
 على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقتضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل
 كلام المصنف راجح ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل
 عن التقييد وان كان اعني ما يدعي به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعي
 على الحاضر كمن قال لامرأتان طلق فلان امرأتان طالق فادعت امرأتان الحالف عليه
 ان فلانا طلق امرأتنا واقامت على ذلك بينة قال المصنف راجح فلامعتبر به في جعله خصما
 عن الغائب وهو قول عامة المشائخ رحمهم الله لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك
 ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندي ان البينة
 تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما تتوقف
 على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر
 لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب
 وهو في الشرط موجود * واخرج المصنف راجح المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا
 عن الغائب لسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن

(كتاب ادب القاضي — * باب التحكيم *)

يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه
اختاره **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب
الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها
محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ
لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها
فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بحجود المستقرض اجاب بقوله والقاضي
يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكفاية يحصل الحفظ وينتفى النسيان بخلاف
الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين
بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل
ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار
فخر الاسلام والصدور الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال
والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر والظاهر انه يقرضه ممن يأمن بحجوده
وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه ليس له ذلك
* باب التحكيم *

هذا باب من فروع القضاء وتأخير من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار
حكمه على من رضي بحكمه وعدم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ
كَانُوا مَجْمَعِينَ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز
لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولايته
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة في ما بينهما واعترض بان لو كان
كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابى يوسف رح

(كتاب ادب القاضي — * باب التحكيم *)

رح لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معني
 حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف
 بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء
 فلو حكم امرأة في ما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قوله ولا يجوز
 تحكيم الكافرو العبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يتلد
 حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافرو العبد والذمي ان حكمه المسلمون * وان حكمه
 اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة في ما بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد
 السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه
 والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق
 والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر
 في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين
 ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لا اتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاءهما
 جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما
 بل يعدم بعدم احد هما وعلى هذا يستق ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج بالاتفاقهما
 ايضا فان قيل اخراج احد هما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر انما التمام
 بعد الحكم ولا نقض ح فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما
 كالتقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب
 امضاه لانه ان لم يمضه نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
 وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن
 لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم
 لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطل الثاني وان خالف مذهب

(كتاب ادب القاضي — * باب التحكيم *)

لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاضٍ آخر ان يرده **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها * واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس الايمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صالح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاص ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف رح واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه وللهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف رح **قوله** وقالوا اي قال المتأخرون من مشائخنا وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك * قال شمس الايمة الحلواني مسألة حكم المحكم تعلم ولا يغنى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام استاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبننا وان حكما في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المجكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقلة ان شاء الله تعالى **قوله** الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاؤه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما

واما في اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز * وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم ترضوا بحكمه **قوله** ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولوا خبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعد الله الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعد لوا عندي وقد ائزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقتضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذا ان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالتقاضي المولى اذا قال في قضائه لاني قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقتضي عليه فكذا ههنا * وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالتقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لا بويه وزوجته وولده باطل لان اعلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم ارجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضىا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المشي * ولا يصدق ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

على ذلك غيرهما لا نهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

مسائل شتى ابي متفرقة من شئت تشتيًا اذا فرق * ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كذا هو ادب المصنفين ان يذكر وافي آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدر اكالمات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منشورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يترجمها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عندنا ذكر بعد هذا القضاء بما لا يربط والترجم وانه ليجدير بالخير لا محالة وان كان علو رجل وسفل لآخر فليس اصحاب السفل ان يتد فيه وتد اولان ان يتقب فيه كوة بغير رضاء صاحب العلو وليس اصحاب العلوان ينبغي على علوه ولا ان يضع عليه جذع لم يكن ولا يحدث كنيما الا برضاء صاحب السفل عند ابي حنيفة ررح رولا جاز لكانوا حده منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة ررح يعني ان ابا حنيفة ررح انما يمنع عما منع اذا كان مضرا وما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لابل واحد منهما في ما لا يضر به الا بفرصلا مجتمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر اصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الا باحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عند الابعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق * وانما تظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعند هما لم يجز المنع لان الاطلاق متيقن واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلوان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير بمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتأمل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه استظهار على المنع لافادة ما قبل ذلك **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة سكة

سكة طويلا غير نافذة تشعب من يمينها ويسارها مثلها على هذه الصورة

فليس لأهل الزائفة الأولى ان يفتح بابا في الزائفة القصوى لان فتح

الباب للمروور ولاحق لهم في المروور لان المروور فيها لاهلها خاصة

لكونها غير نافذة بمنزلة دارين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا فيها انهم

فكذا اذا لا يرى ان يفتح دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان يأخذوها بالشفعة

لان تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة بخلاف النافذة لان المروور فيها حق العامة ثم قيل

المنع من المروور لا من فتح الباب لان التفتح رفع الجدار وانه ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه

اولى ولهذا التفتيح كذا بابا للاستضاء قد ورن المروور به يمنع والاشيح انه يمنع من التفتح لان بعد التفتح

لا يمكن المنع من المروور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقدم الهدم بما يدعى الحق

في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع به وكلام المصنف ليس فيه ما يدل

على ان الزائفة الأولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذي في التفتيح والفقهاء ابو الميثاق اذا

جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تديرة ذلك غير نافذة فيجب ان يكون

حالا من الزائفتين جميعا لان الإشارة بذلك الى المشي والجمع صحيحة فيكون من قبيل

قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من الذي لا يراي

بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائفة القصوى مستديرة قد انرق طرفاها يعني سكة فيها

اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلذلك واحد منهم ان يفتح بابا في اي

موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المروور

في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده دار يد رجل ادعى

عليه آخر ان له فيها حقا وانكره واليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسكة

الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى
 الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولا
 فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيد لا تنضي
 الى المازعة والمانع منها ما يفضي اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون
 مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا
 لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية * وان كان الاول لما جاز الصلح
 في ما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم
 جواز الصلح في ما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب
 والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول
 للمدعى دواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكن ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعي
 فلا يكون رده مفيدا **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل ادعى دارا في يد رجل انه
 وهبه له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسليم وجدد دعواه
 ذواليد فسئل البيهقي فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجددني الهبة
 فاضطرت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البيهقي على الشراء
 فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل البيهقي لظهور التناقض
 من وجهين * احدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جددني
 الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة
 للدعوى * والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت
 الشراء على وقت الهبة لانه يحكون قائلوا هب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء
 قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت
 الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون

يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو
 شهد وابه بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها
 ولم يتل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك
 للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعدم مناقضوا ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة
 قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا
 لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها
 من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضى
 بذلك الفسخ في ما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا
قوله ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية رجل قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية
 فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه * وقيل ان يشهد بلسانه على العزم
 بالقلب ان لا يخاصم معه وسعد اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد
 كان ذلك فسحا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ
 رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاددا
 فانه يجعل فسحا محاله فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين
 قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مراة جحد زوجها
 النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان يتزوج بزوجة آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن
 ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة
 والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد
 العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد
 عزمه تنزل المصنف في الجواب فقال بمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم
 بالفعل وهو مساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضا هيه كالا استخدام

لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة * وبه يندفع ما قال زفر رح انه لا يحل وطئها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه مالم يبيعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التنايل موجود دلالة **قوله** ولانه دليل آخر فان المشتري لما جدد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضى البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على مامر * والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحدده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده **قوله** ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد الحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز بها في ما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم تكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجبا وهو لا يحل له على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف رح بقوله والقبض لا يختص بالجبا وهو منع للملازمة وقوله حملا لحواله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما المنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجبا فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجبا فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجبا وهو حقه او

او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبه رجته لم يصدق لاقترابه بقبض الجياد صريحاً في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جيار والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزیوف متناقضاً * ومن هذا ظهراً لفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقرب قبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الم د على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني اعنى المقرب قبض الحق فلا يرد نقضاً على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقرانه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوفا فانه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وفي ما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الائمة فاما اذا قال قبضت عشرة جيار فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوفا فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينار الادينار كان الاستثناء باطلاً وان ذكره موصولاً كذا ههنا **قول** وفي السنوثة لا يصدق يعني لو ادعاه بعد الاقرار قبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلام لم يجز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار قبض الدراهم ان كان مفصولاً لم يسمع وان كان موصولاً يسمع والسنوثة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي السنوثة اولى * وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف رح

(كتاب ادب القاضي — مسائل شتى *)

فان كلامه في ما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للنراخي ولا نزاع في غير الزيوف
والنبهجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا ام لا لم يصرح بذكره
اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير فهو تغيير موجب الكلام نحو التعليق والاستثناء والتخصيص
وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر * بقي الكلام
في ما اقرب بالدرهم الجباد وادعى انه زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجب
من ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل
من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشائخ رحمهم الله
وقد اختاره المصنف رحمه فانه ما عزا الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار قد لا ينتهض
لان الجودة وصف لا يصح استثناءه فكأنه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال
اي رده والنبهجة بما يرد التجار ولعله اراد من الزيوف والاستوقفة ما يغلب عليه الغش
قيل هو معرب ستووهي اراد من النبهجة حتى خرج من جنس الدراهم **قوله**
ومن قال لاخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال
او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته ولا * والاوّل يرتد برد المقر له
مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته * والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا
اذا قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك
الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقرب بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقربه
لا محالة وقد رده المقر له فيرتد قوله بل لي عليك الف درهم غير مقيد لانه دعوى فلا بد لها
من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى يوصدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال
اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل
الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني
المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق

التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيد التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطئها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ * وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقلين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب * وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ * وان كان الثاني كما اقر بنسب عبدة من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الا بطلان فلا يرد بالرد وان وافقه المقر على ذلك **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا اذا ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء قط ومعناه نفى الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعي عليه البينة انه قضاه او على البراء قبلت بينته وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلوا الوجوب وقد انكره فكان متناظرا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولما ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء والبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا * قالوا دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى الخصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمدا فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على البراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقية جارية

فانكرت واقام البينة على رقيتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف
وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما شبهه كقوله
ولا رأيته ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا
على البراءة لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خالطة
ومعرفة وذكر التدوير عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد توذى
بالشغب على بابه فيا مريض وكلاهما بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق
ممكنا * قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته
وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة
قوله ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته هذه ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته
هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا
لم يحدث مثله في مثل تلك المادة كالاصبع الزائدة واراد ردّها على البائع فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير وام يحكم خلافا
والخصاف اثبتة عن ابي يوسف رح وأشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف رح انها
تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على القضاء
او البراءة قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول
لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرأني عن العيب فابرأني وجه
الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غير ذلك
يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصور وهو قد انكره فكان
متناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر **قوله** ذكر حق كتب
في اسفله اذا اقرع اى نفسه وكتب صكًا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو
ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك

ذاك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة رح وقالا الاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخرة ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رح ان الكل في مانحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع * هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتابة ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة رح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة * وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للقران لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو لا حتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لانه مذهب ابي حنيفة رح فان الرضاء بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

* فصل في القضاء بالمواريث *

قد تقدم لنا الكلام في ما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع **قوله** واذا مات النصراني

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسألتين مما يتعاق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين * احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود * والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مشبهة عندنا كما عرف في اصول الفقه اذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالتقول للورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولما ان سبب الحرمان ثابت في الحال لا خلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا في ما مضى تحكما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآخر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعاً كان القول للمستأجر **قوله** وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر نعتية لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها بالميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر وظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق * على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر **قوله** ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالتقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا التدرية الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاول فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة في ما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا

(كتاب ادب القاضي — فصل في القضاء بالمواريث *)

على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذاك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به * فاذا امتنع في الوديعه حتى هلك هل يضمن اولاد يمل يضمن وقيل لا يضمن * وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله * وان سلمه اهل له ان يسترد ما قبل لا يملك ذاك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقربتمو كمال غيره بالتقص حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تنقضي باعمالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره الاول في وقت لا عزاحم له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر الاول لم يكذب به احد فصح اقراره وحين اقر الثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادعى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعه من القاضي بعد ما اقر لغيره من اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي * وما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار **قوله** واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا حضر رجل واحد عى داراني يد آخراتها كانت لابيها مات وتركها ميراثا له فاما ان يقربه ذو اليد او لا فان كان الثاني وانام على ذلك بينة فهو على ثلثة اوجه * احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عدد لهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالموارث *)

بالجهول متعذر * والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه ولا نعرف له وارثا غيره وفيه يتنص
 الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق * والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان
 مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا
 غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرة الطحاوي مدة التلوم بالحول
 فان حضر وارث غيره قسمت في ما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر
 ممن لا يحجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخت فانه
 لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع اليه او فالنصيبين وهو النصف
 والربع عند محمد رح واقلهما وهو الربع والثلث عند ابي يوسف رح وتول ابوخنيفة رح
 مضطرب * فاذا كان ممن لا يحجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه
 قال ابوخنيفة رح لا يؤخذ ونسب الثائل به الى الظلم * قيل اراد به ابن ابي ليلى * وقال له
 ذلك * وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكونه الاثر ارجحة فاصرة * اهما ان القاضي
 ناظر للغيب ولا ينظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتمل القاضي
 باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الأبق والمقطوع الى رجل اثبت عنده انه صاحبه
 فانه يأخذ منه كفيلاً وكما لو اعطى ثنته امرأة الغائب اذا استفتت في غيبته وله
 عند انسان ودبعة يقربها المودع وبقيام النكاح فانه يفرغ لها الثنته ويأخذ منها كفيلاً
 ولا يبي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعاً ان لم يكن له وارث آخر يقيم او ظاهراً
 ان كان وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بسكاف باظهاره بل بما ظهر
 عنده من الحججة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعاً او ظاهراً لا يؤخر لموهوم
 كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع
 الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتري آخر قبله وغيره
 آخر في حق العبد متوهماً فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

(كتاب ادب القاضي — فصل في القضاء بالمواريث *)

قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهم هنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفّل لاحد الغرماء فان قبل اذ اقربته ذو اليد يؤخذ منه كفيلًا بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقربته لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة ما لكا لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له * ونقل التمر تاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا تلبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مروى هي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التأخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطله بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهد به من المسائل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان * قال في رواية الاحب ان يأخذ منه كفيلًا * وقال في رواية احب ان يأخذ منه كفيلًا * قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابى حنيفة راح فلا يصح القياس حينئذ * وقال العنابي ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف راح

ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد يخطي ويصيب * ويقرر ان اصحابنا المتقدمين برآء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى **قوله** واذا كانت الدار في يد رجل دار في يد رجل اقام آخر البينة ان اباة مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقيل وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند ابي حنيفة رح واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين والترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز ان يترك المال بيده ولا يبيح حنيفة رح ان القضاء وقع للميت متصودا لان القضاء بالميراث ههنا بملك الميت حتى تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر من المتقضي بيده لاحتمال كونه مختارا له وهو ثابت في مانحن فيه فلا يتقص يده بيد غير من هو مختار له * وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان من بيده مقرافانه انما يترك الباقي بيده لذلك **قوله** وجحوده جواب عما ذكرناه وجهه ان الخيانة بالجحود اما ان تكون باعتبار ماضى او ماسياتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازم * والثاني ظاهر بعدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخرائط امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الآخر

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

بالاتفاق والفرق بينه وبين العقاران المنقول يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه امانه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل * واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف فيه لخيانته اولزعمه انه ملكه واذا نزع الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب ومن المشائخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة ر ح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ * ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته اولزعمه انه ملكه ساطت العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق **قوله** وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فتنشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشيء كان منشأ له هذا خلف **قوله** واذا حضر الغائب اختلف المشائخ ر ح في وجوب اعادة البينة اذا حضر * فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة ر ح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل ابا عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها * ومنهم من قال نفاة وهو اختار المصنف ،

المصنف رح قال الامام فخر الاسلام رح وهو الاصمح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقي
 في ما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الدل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي
 له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك
 كالوكيلين بالخصوصة اذا غاب احدهما كان للآخران بخاصم * ولهذا قلنا اذا ادعى
 رجل على احد هم دينا على الميت واقام عليه البينة ثبت في حق الكل * وكذا اذا ادعى
 احد هم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احد هم
 للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع
 اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره
 ولقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره في ما زاد ولا محذور فيه
 وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل
 التشكيك وقوله كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت وعليه كما ذكرناه بيان
 لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر **قوله** الا انه استثناء من قوله
 لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه * يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة
 دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره
 في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء
 على ما في يده **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين
 صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة
 كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعبر هو جنس مال الزكاة
 والقليل منه * ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق
 به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعبر جنس ما تجب فيه الزكاة
 وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار

(كتاب اذبح القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

والرقيق واثاث المنزل ونياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال به زفر رح لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشرك وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الا اعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنس شيء وهو معتبر لانه لم يثبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلوة لانه لا يتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية **قوله** ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشرية فصارت الارض العشرية كمال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد رحمه الله وذكر الامام الترمذي قول ابي حنيفة رح مع محمد رح لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر بسبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة * واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه محض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكوة او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان اعم ينصرف الى

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

الى غير اموال الزكوة ايضا اظهار الزيادة عمومه فان قيل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة المالك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء في ما نحن فيه فيختص بالاموال الزكوتية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي رح لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله علي ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال واعلم اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت ايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج الى ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم اذا اصاب شيء تصدق بما امسك ولم يبين محمد رح في المبسوط مقدار ما يمسك لا اختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل يمسك المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغالة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهر وصاحب الضياع لسنة لان يدا الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسألة النذر في ما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث **قوله** ومن اوصي اليه ولم يعلم وجه ايراد مسألة الوكالة في فصل القضاء بالمواريث ما ذكرناه آنفا * ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رح انه اعتبر الاول

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لانابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح * بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستتيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صحيح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا * وهذا كما اذا قال بايعوا عبي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا * فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامسما عدلا او على اخذ ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ابي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الاكراه وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عبده شاهدان او رجل عدل عندا بي حنيفة رح وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولا بي حنيفة رح انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يَحْتَمِلُ الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شرطي الشهادة وهو العدد والعدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط

فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضاً شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله **قوله** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في اشتراط احد شرطيهما في ما فيه التزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد ر خ في المبسوط والاثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشائخ عليها والمصنف ترك منها مسألة * اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل * والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدقه العبد او كذب وان كان فاسقاً وكذبه يثبت عندهما خلافاً له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف رح ههنا * والثالثة العبد الجاني اذا اخبر الموالي بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق او بيع كان اختياراً منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعلى الاختلاف عنده لا يكون اختياراً منه خلافاً لهما * واولى النوادر المسلم الذي لم يجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله عليه السلام فالزمه * وثانيتهما الشنيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف * والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبداً للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبداً مبيت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فصاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم

(كتاب ادب القاضي — فصل آخر *)

ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا
 محجورا او عبدا محجورا عليه وهما قد تعذر الرجوع على العاقد ما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء
 وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع
 الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه المبت نظاهروا ان اقامه
 القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن المبت لا عن نفسه وعقد النائب
 كعقد المنيوب عنه فصار كما اذا باعه المبت بنفسه في حيوته ففي ذلك كان يرجع المشتري
 عليه فهنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم
 وان ظهر للمبت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي ياخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم
 للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف * قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في
 امر المبت * وقبل ليس له ذلك لانه اندا ضمن من حيث ان المعتد وقع له فلم يكن له ان يرجع على
 غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

* فصل آخر *

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان
 قول القاضي بانفراده قبل الغزل وبعده مقبول **اولا قوله** واذا قال القاضي قد قضيت
 اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاطعه او بالضرب فاضربه
 وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله
 ما لم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدراك
 غير ممكن واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي يقتضي
 ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما
 يملك انشاء لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عما خبر به
 لم يتهم في خبرة وفيه بحث وهو انه ممكن من ذلك بحجة اوبدونها والثاني ممنوع والاول

والاول بجراحي غير ظاهر الرواية من معينة الحجة ولان القاضي من اولى الامرو طاعة
اولى الامرو واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه * وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار * وقالوا به اذا كان القاضي عدلا نقيها وعلى هذا
بتأني الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور ر ح فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة
الخطاء لعلمه والخيانة لعدالة وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق * وان كان
عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر
على وجه اقتضاء الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه
وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا
من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول
قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دائمة وان كان
جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل
والخيانة في الفسق **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمان ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله * فاذا اخبر القاضي
المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلوا ما ان يصدقه في ما قال
فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيدفع ان كان
الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الفاد فعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خير قضيت بقطع
يدك في حق فقال اما خذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك فلما
فالقول قول القاضي لانهم لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهد ان القاضي
لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي لان ايجابها عليه يفرض الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء *

(كتاب ادب القاضي — فصل آخر *)

وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقربه القاضي لا يضمن ايها لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امرة بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الما خذ مالي والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكرو القول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك معلوما بين الناس فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته الى حالة منافية للايقاع * وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الزمان عنه * واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والّاخذ في هذا الفصل بما اقربه القاضي ضمنا لانهما اقرب سبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمن كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ وقد اقرب ما اقربه القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الما خذ منه المال

المال في انه فعله في فضليته او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الاخذ اقران اليد كانت
للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

* كتاب الشهادات *

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذا القاضي في قضائه
يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها ما مور
بها قال الله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ فلا بد من حسنه * وهي في اللغة عبارة
عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي
تنبئ عن المعاينة * وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم
بلفظة الشهادة * فالأخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة *
وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات * وسبب
تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات
والابصار في المبصرات ونحو ذلك * وسبب ادائها ما طلب المدعي منه الشهادة او خوف
فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا * وشرطها العقل الكامل والاضبط
والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعي
عليه مسلما * وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك
لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد
جعلت موجبة **قوله** الشهادة فرض تلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث
لا يسعهم كتمانهم اكد الفرض بوصفين وهو المزموم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده
وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر * واستدل بقوله تعالى وَلَا يَأْبَى
الشُّهَدَاءُ اِذَا مَا دُعُوا اي ليقموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤل اليه
وهو بظاهرة يدل على النهي عن الالباء عند الدعوة وبقوله تعالى وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ

(كتاب الشهادات)

ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه وهو بظاهرة يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي
عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فإذا
كان الكتمان منهيا عنه كان الاكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته
بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا * قال في النهاية النهي عن الشيء
لا يكون امرا بضده اذ لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان
عما في الارحام فإنه امر بضده وليس بصحيح من المذهب ما عرف في اصول الفقه *
وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما اذا علم
الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب
عليه الشهادة ولا طلب منه والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء
عند الطلب احياء الحق وهو في ما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر اننا
ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف رح بقوله وانما يشترط
طلب المدعي فإنه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط
وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ
فان قلت اما تجعله شرطاً وقوله تعالى ولا يبين الشهاداء وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم
لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس **قوله**
والشهادة في الحد ود يخبر فيها الشاهدين السترو الاظهار الشاهد في الحدود مخبر
بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى
عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل ثقلا وعقلا اما الاول فقوله عليه السلام للذي
شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلامي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان
خيرا لك وقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل
من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رض فان فيهما دلالة ظاهرة على

على افضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز
 بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على المدابينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم
 اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك في ما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم
 واصحابه رضي الله عنهم في السترو الدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر
 الاول ورد في ما عزو حكاية مشهورة بجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ما عزو لا يستلزم
 شهرة الخبر الزارد فيها بالستر * واما الثاني فلان السترو الكتمان انما يحرم لخوف فوات
 حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات
 الحق فبقي صيانه عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك **قوله** الا انه يجب له ان يشهد
 استثناء من قوله يخبروه هو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بدخلة في الشهادة في الحدود
 وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة
 على السترو لانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحد هما حق الله والآخر
 حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار
 السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة
 على المال دون السرقة **قوله** الشهادة على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع
 على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالبرنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى
وَاللّٰتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةُ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ اَرْبَعَةً مِنْكُمْ وبقوله تعالى ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
بِاَرْبَعَةٍ شَهِدَاءَ وانظر اربعة نص في العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدل فقد تقدم
 اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى
 يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا تقبل فيها شهادة النساء الحديث الزمري
 رضي الله عنه من السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخائفتين يعني ابابكر
 وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لاشهادة للنساء في الحدود والنقص يخص بهما بالذكر

(كتاب الشهادات)

لما ورد في حقهما من قوله عليه السلام اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما
 ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها بمقام شهادة الرجال في غير الحدود قال الله تعالى
 فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ عَلَى سِيَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ
 أَيَّامٍ وَإِنَّمَا قَالَ شبهة البدلية لان حقيقتها انما يكون في ما امتنع العمل بالبدل مع امكان
 الاصل كالاية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة
 الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل في ما يندرج بالشبهات ومنها الشهادة ببيعة
 الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والتصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
 وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَانَّهُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَنَاوَلُ الْمَطْلُوبُ وَغَيْرُهُ لِمَا مَرَّ مِنْ عَمُومِ
 اللَّفْظِ وَهُوَ نَصٌّ فِي بَيَانِ الْعَدَدِ وَالذِّكْرِ وَهُوَ الْبَلُوغُ خِلَالِ بَابِ الزَّنا خَرَجَ بِمَا تَلَوْنَا فَبَقِيَ
 الْبَاقِي عَلَى تَنَاوُلِهِ **قوله** ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جواباً عما يقال
 فالآية هذه عقبته بقوله فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وليست شهادتهن فيها
 مقبولة ووجهه ان القرآن في المظم لا يوجب القرآن في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها
 لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث
 من الآية ههنا تخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو
 اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من اذن رسول الله
 عليه السلام والتخليفين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهوراً تجوز الزيادة به
قوله وما سدى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق ما لا كان او غيره
 كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني
 العتاق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة النساء
 مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل
 بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها

فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهم وحدث عن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احباء
حقوق العباد لكثرة وقوعها وند نوحظرها فلا يلحق بهما ما هو اعظم خطرا وانل وجود الكناك
والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو
عن القصاص ولما ان الاصل فيها القبول لوجود ما يمتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي
يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار
ولما نل ان يقول ما ذكرتم مما يمتني عليه اهلية الشهادة اما ان تكون علة لها او شرطا لسبيل
الى الاصل لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة
لذلك لا جمعا ولا فرادى * والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر
من الحرية والاسلام والبلوغ * واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة
لاهلية قبولها فانما لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا
وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادعى بغير لحظة الشهادة
لم تقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلوم لها وهو القبول وعلى هذا
يقدر في كلام المصنف رحمه الله مضاف اي اهلية قبول الشهادة **قوله** ونقصان الضبط جواب
عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيه ان يقال ان ذلك بعد التسليم
ان يجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الاشبهة البدلية فلا تقبل في ما يندري بالشبهات
وتقبل في ما ثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من الكناك وغيره مما ثبت بها * اما الكناك
والطلاق نظر ثبوتها مع الهزل * واما الوكالة والابصاء والاموال فانها يجري فيها كتاب
القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارا ثبوتها مع الشبهة فكذلك

ثبت بشهادة النساء مع الرجال * ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله
 لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن في ما هو مناط التكليف * وبيان
 ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب * الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهولاني
 وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرته * والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال
 الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة وتسمى العقل بالملكة وهو مناط
 التكليف * والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب
 ويسمى العقل بالفعل * والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها شاهدة ويسمى العقل
 المستفاد * وليس في ما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن
 في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبه ان شئت فانه لو كان
 في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك * وقوله
 عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافه
 والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فامل **قوله** وعدم قبول الاربع جواب
 عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك
 ذلك كيلا يكثر خروجهن **قوله** وتقبل في الولادة والبكارة اختص قبول شهادة امرأة
 واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطالع عليه الرجال لا تقبل في غيرها
 فهو تصرف افراد الموصوف على الصفة لا عكس كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة
 رجل وامرأة فيها قوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
 ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل على الجمع وام يكن ثمة معهود ينصرف
 الى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرفت في موضعه وهو حجة على الشافعي رح
 في اشتراط الاربع بناء على ان كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات
قوله ولانه دليل معقول لنا ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر

لان نظر الجنس الى الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المشتري والثالث
احوط لما فيه من معنى الالتزام واعتراض بان في هذا التعليل نوع من انقضائه لو كان جواز الاكتفاء
بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثالث احوط من نظر الواحدة والجواب
ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالتزام يقتضي وجوبه
فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة
في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل
امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعداً فثبت الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة
واحدة * وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق
عند ابي حنيفة رح وقال تطلق * وان كان الزوج قد اقرب بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة رح يعني تثبت الولادة بقول امرأة وعند ههنا يشترط شهادة القابلة وما حكم
البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة
بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تتأيد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان الاول كانت
شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن
بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت
بالاصل وهو البكارة * وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولم يقتض
البيع وهو اللزوم فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الي قولهن لان النسخ قوي
وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سألتهما بحكم البيع
وهي بكر وقبله بالله لقد بعتهما وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل
شهادة النساء حجة في ما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتخليف ترك العمل
بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتخليف
فان المشتري اذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية

التحليف والا لكان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثبت ثبت العيب في الحال
وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي
كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عندا بيحنيغة رح
غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون
شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانها من امور الدين وشهادتهن فيها
حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند
الولادة والرجال لا تحضرها عادة نصار كشهادتهن على نفس الولادة فالجواب ان المعتبر
في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال
الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة
لابد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات
الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
ولنظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك
الحادثة في ذلك الوقت واما اشراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة
حجة باعتبار المصدق والعدالة هي المعينة للمصدق فهي علة الحجية وما سواها معدات
ولان من يتعاط غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف رح
ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة اي انسانية والهمزة
وتشديد الواو فيها لغتان تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته
والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان او لا اصح لان قبولها
اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال عليه السلام اذا قيت الفاسق فאלقه بوجه
مكفهروا المعلن بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما

وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت بأشراطها إذا لم يفهم بها هذه اللفظة قال الله تعالى
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ وَأَشْهَدُوا أَنَّا نُبَايِعُهُمْ وَاسْتَشْهَدُوا شُهَدَاءَهُمْ وقال عليه السلام إذا علمت
 مثل الشمس فأشهد والإفدع ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلائلها على المشاهدة
 ولان قوله أشهد من الفاظ المسلمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود
 بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو اصرح فيه به وتولد في ذلك
 يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى تشترط
 العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم
 ان فيه من معنى الالتزام حتى يختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام
 وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة * فاذا
 اقام المدعي الشهود فلا يخلوا ما ان يطعن الخصم اولا فان كان الثاني قال ابو حنيفة راح
 يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم
 لقوله صلى الله عليه وعلى آله واصحابه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض
 الامجد ودافى قذف وروى مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو
 محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي
 استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع
 وبيانه انه لو لم يكن بالظاهر لا حتم الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا
 عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور
 او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى
 المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبرائة الذمة كذلك وبظاهر العدالة
 اندفع معارضة الذمة فكان دافعا **قوله** الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل
 حتى يعطى الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتمل لاسقاطها

في شرط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يستقطبه ذلك وإن كان الأول يسأل عنهم بالاتفاق لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم فإن الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي إلى الترجيح وقال أبو يوسف ومحمد روح لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلاية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبدا أو كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة روح أجاب في زمانه فكان الغالب منهم عدولا وهما أجاباه في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة روح لقال بقولهما وأهذا قال والغتوى على قولهما في هذا الزمان **قوله** ثم التزكية في السر اعلم أن التزكية على نوعين * تزكية في السر وتزكية في العلانية * فالأولى أن يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي وبيعها سرا بيد أمينه إلى المزكي سميت بهذا لأنها تستر عن نظر العوام إلى المعدل مكتوبان فيها النسب والحملي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلح أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث إلى كل من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف المعدل من غيره ولا يكون طمعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه بالعد الذي يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك أو يقول الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فمحصر بذلك ومن لم يعرفه بعد الله أفسق يكتب تحت اسمه مستورا ويرد بها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية

والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد
 لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قديتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية
 وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا اصلحاء والمعدل ما كان يتوثق عن الجرح
 لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسري زمانا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
 الجارح بالاذى ويروى عن محمد بن حمران انه قال تركبوا العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل
 ان يقول هو حر عدل جائز للشهاد لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
 ثابتة بالادار قال المصنف رح وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر
 من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحرية وانما يسأل عن عدالته
 قال ابو حنيفة رح على طريقة قوله في المزارعة من التخريم وعلى قول من يقول بالسؤال
 اذا سأل لم تقبل قول المدعي عليه هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ويقبل اذا قال صدقوا
 او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تجاوز تركبته لكن
 عند محمد رح يضم تركبة الاخر الى تركبته لان العد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح
 مزكيا فان كان فاسقا ومستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهد واعليه
 قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العد الشرط في المزكي عند الكل ووجد ظاهر الرواية
 ان في زعم المدعي وشهودة ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
 لاشتراط العد انه فيد بالاتفاق ولما قل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان
 متبولا لان العدالة ليست بشرط في المترب بالاتفاق والجواب ان المصنف رح قال موضوع المسئلة
 اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام
 مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد في الغير للتهمة والجواب انه
 لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فانما يكون اقرارا
قوله واذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني

للمفعول واحدا جازوالاثنان افضل عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد بن ح
 لا يجوز الاثنان ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك
 في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
 ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد بن ح ان التزكية في معنى الشهادة
 لان ولاية القضاء يمتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء يمتني
 على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما يشترط
 العدالة وتشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس
 في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما يشترط
 فيها * سلمنا ذلك لكن اشترط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف
 القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون
 بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد
 المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها
 الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما
 الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالتحاق والتعديّة
 جميعا **قوله** ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة
 فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لو اده وعكسه فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذلك
 العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشترط العدد في تزكية العلانية
 ينافي عدم اشترط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب
 ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرط في
 احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف نال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون
 المزكي في العلانية غير المزكي في السرا ما عندنا الذي يتركهم في السر يتركهم في العلانية فصل

* فصل *

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحملة الشاهد وهو على نوعين
 احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب
 والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم
 الحاكم اورأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد
 عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له
 الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون
 وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب
 ركناً في الاداء مخالف للنصين جميعاً فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذا احوال
 شروط واذا موضوعه للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
 الى شدة احتياج الاداء اليه **قله** ويقول اشهد انه باع اى اذا سمع المبايعة ولم يشهد
 عليها واحتج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهد نبي لانه كذب ولو سمع
 الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤيته شخص المقر لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
 للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يتقبله لان النعمة وهو الكلام الخفي
 تشبه النعمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتقى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله
 لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب
 وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة
 بنت فلان فانه جاز له ان يشهد ح وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لركة الحجاب
 وليست رؤيته الوجه شرطان كره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة **قله**
 ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل
 الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهد ايشهد بشيء

(كتاب الشهادات — * فصول *)

لم يجزله ان يشهد على شاهدته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل * والاول اشارة الى مذهب محمد بن ح فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل * والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فان الحكم يضاف الى الغرور لكن تحميلهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطابقة لاننا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلطنا فيه ان نقول الشهادة على الشهادة التحميل لاننا لانعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره **قوله** ولا يحل للشاهد ان رأى خطه الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لا شرطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فثبتته في قبطره اي خريطة وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قضيته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطة كذا فان ابا حنيفة رح لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوازه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قبطره فهو تحت ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور بتابع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك

في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة
او اخبره قوم ممن يثق بهم انما شهدنا نحن وانت فانه قليل يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل
عند ابي حنيفة رح خلا فلهما **قوله** ولا يجوز للمشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم
ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا بالنسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي فانه يسعد ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
وهو استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاتفاق الكبير
وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي بالمشاهدة فكانه من باب القلب لان العلم
يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل
فصار كالبيع فانه لا يجوز للمشاهد ان يشهد به بالسمع بل لابد من المشاهدة ووجه الاستحسان
ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادعى الى الحرج وتعطيل الاحكام
لانها امور تختص بمعانيته اسبابها خواص من الناس لا يطالع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام
تبنى على انتضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي
وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها الشهادة
بالتسامع ادعى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسدعه كل احد فان قيل
هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم في ما نحن فيه اجاب
بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لانسلم ان لا علم في ما نحن فيه فانه انما يجوز للمشاهد ان يشهد
بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن
يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا
على قول ابي يوسف ومحمد رخصهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فلا تجوز الشهادة
ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهادة عندهما
بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة

علم شرعاً لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعاً بين الموت والاشياء الثلاثة أي النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذا تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قلماً يشاهده غير الواحد اذا الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهدان فلان بن فلان كما نشهدان ابا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ابن ابي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئاً من ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة فاذا فسر بانه انما يشهد لانه رآه في يده لا تقبل كذا هذا ولو رأى انساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضياً وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا رأى رجلاً وامراًة يسكنان بيتاً وينسبط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الزوج جاز له ان يشهد بانها امرأته فان سألها القاضي هل كنت حاضرة فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما نشهد بامهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الروية الاولى * وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقدتين للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال لا نشهد ان فلان مات اخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادتهما هو الاصح * واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكره الخصاص انه يجوز لانه امر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة بالتسامع هل هي مقصورة في ما ذكر في الكتاب اولاً ففي

ففي ظاهر الرواية انه مقصورة وعن ابي يوسف ربح آخر انه يجوز في الولاية لانه بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمته كلحمته النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر
فكذا على الولاء الا يرمى انا شهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى
ابن عباس رضي الله عنه وان لم ندرك ذلك وعن محمد ربح انها تقبل في الوقف لانه تبقى
على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ربح ان الولاء يمتني على ازالة ملك
اليمن ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه
الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي ربح الشهادة على العتق بالتسامع
لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشائخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا
ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائط لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على
هذا المسجد او المقبرة او ما شبهه حتى لو لم يذكر واذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة
قوله ومن كان في يده شيء رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعى
الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به
كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز
بحكم اليد انسداد بابها وعن ابي يوسف ربح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل
في الشهادة العلم بالنص وعند اعواز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتل
ان يكون هذا اي ما ذكرتم من شهادة القلب تفسيراً لاطلاق محمد ربح في الرواية وهو
قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذاك كانيا في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب باننا

(كتاب الشهادات — * فصل *)

جعلنا العيان مجوزاً للشاهدان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنيها واراد ذواليدان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاص لان اليد متنوعة الى امانه وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالتسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسدع من الناس ان فلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدوها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود بوجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم * الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها الجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذاك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطله واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصد او هو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به **قوله** واما العبد والامة مردود الى قوله

(كتاب الشهادات — *باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

وله سوى العبد والامة * وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو ما ان يعرف رقبتهما اولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هاتين يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يدليهما على انفسهما وان كان الثاني فهو ممن يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان او بالغاً فذلك مصروف الاستثناء بقوله سوى لعبد والامة فان اليد في ذاك لا تدل على الملك لان لهما يد اعلى انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حكماً حتى ان الصبي الذي يعتق ان اثر بالرق على نفسه لغيره جازو يصنع به لمقرله ما يصنع لمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن انفسهما واعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقبتهما واجيب باننا لم يعتبرنا ذلك لثبوت الرق عليهما للدول في الصغير وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة رحمه الله قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وحكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد اعلى الملك في النكاح * الا يرى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره ورزق اليد يدعي لنفسه فالتول لذي اليد لان الظاهر شاهداه لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما يدفعان بهما يد الغير عنهما بخلاف الثياب

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع * وقدم ذلك على هذا لانه سجال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط * واصل الشهادة ومبناه التهمة قال عليه السلام لا شهادة لمتهم ولا لها خبر بحديث الصدق والكذب وحجيته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح * وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه

(كتاب الشهادات — * فصل *)

جعلنا العيان مجوزاً للشاهدان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذواليدان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقتضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاص لان اليد متنوعة الى امانه وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالنسبة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان فلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدوها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود به وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم * الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها اجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصد او هو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به **قوله** واما العبد والامة مردود الى قوله

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

قوله سوى العبد والامة * وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو
اما ان يعرف رقبتهما اولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من ههنا في يده
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران
عن نفسيهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يدل عليهما على نفسيهما وان كان الثاني
وهو ممن يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان او بالغاً فذلك محصر فالاستثناء بقوله سوى
العبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لان لهما يد اعلى انفسهما فتدفع يد الغير
عنهما حكماً حتى ان الصبي الذي يعقل ان اثر بالرق على نفسه لغيره جازو يصنع به
المقر له ما يصنع لمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن نفسيهما
لا اعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقبتهما واجيب بانه انما لم يعتبر
ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغير وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق
وعن ابي حنيفة رح انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالشباب وكذا روي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليل على الملك في الدل * الا يرى ان من
ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول اذى اليد لان الظاهر شاهداه
لقيام يده كما في الشباب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما يدفعان
بها يد الغير عنهما بخلاف الشباب

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة
ومن لا تسمع * وقدّم ذلك على هذا لانه مجال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة
على المشروط * واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عليه السلام لا شهادة لمنهم ولا نها خبر يحتل
الصدق والكذب وحججه بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح * وهي قد تكون لمعنى
في الشاهد كالفسق فان لا يترجح عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا يترجح عنه

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ايضا فكان متهما بالكذب * وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بهائتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالارادة * وقد تكون لخلل في اداة التمييز كاعدي المنضي التي تهمة الغلط فيها * وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحديث في التذوق قال الله تعالى فَاذْلُمُوا بِأَنفُسِكُمْ بِاللَّهِ فَإِنَّكُمْ لَمِنَ الْمُتَكَلِّفِينَ قوله لا تقبل شهادة الاعدي شهادة الاعدي اما ان تكون في الحدود والتصاص اولافان كان الاول فليست بمتقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالسب والموت اولافان كان الاول قبلت عند زفر راج وهور واية ابن شجاع عن ابي حنيفة راج وان كان الثاني فان كان بصير وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق * فالمعتبر عند ابي يوسف راج الابصار عند التحمل وعندهما استمراة حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء اعتنع القضاء * اما عدم القبول في الحدود والتصاص فلانها تدري بالشبهات والصوت والنعمة في حق الاعدي يقام مقام المعاينة والحدود لا يثبت بها يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر راج فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته في ما لا يجري فيه التسامع لا تقبل في ما يجري فيه ذلك كاصبي والمجنون وسيأتي جواب آخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير مؤف فكان المتقضي لصحة التحمل والاداء موجودا او مانعا وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالمشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبه * والجواب لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا ناسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعدي الا بالنعمة وفيه

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

وفيه أي في النعمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فإن بالشهود البصرياء كثرة وفيه غنية عن شهادة الأعمى * والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه فلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل ولا إشارة ثمه لتمكنهم من ذلك عند المحضور بخلاف الأعمى * وفي قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عند جنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النعمة مميزة للأعمى في ما هو أعظم خطراً من الأموال وهو واهي زوجته وجاريته فأنه لا يميزهما عن غيرهما إلا بالنعمة ذلك تناقض * وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها غيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الخاص وفيه إشارة أيضاً إلى الجواب عن الميت فصاركاً لحدود القصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف * وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعسي الطارئ بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة ضد الأداء قيامها بالأعمى فصاركاً إذا خرس أو جن أو فسق فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته * والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فيمنع القضاء والعسي بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء وعند أبي يوسف ربح لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء **قوله** بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا جوباب عما يقال لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشئ يتقرر بانتهائه وبالغيبه ما بطلت **قوله** ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فلا يحل أن لا تكون له

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ولا يثمة متعديّة، ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له والنصبص ما يديما في القبول في وقت ما وإن معنى قوله لهم المحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج من كونه محدوداً في قذف ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد كونه مانعاً عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطها فكذلك اعتباراً بالأصل **قوله** بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف * ووجه ذلك أن رد الشهادة إن كان بالفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كذا ذكرنا وليس الفسق إذا الحكم الثابت له بقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الآية من القبول وقال الشافعي رح تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا * والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبه وهو اخباري فإن قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين إحساناً قلت ياباه ضمير الفصل فإنه يفيد حصراً أحد المسندين في الآخر وهو يؤكّد الاخبارية * سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل * سلمناه لكنه كان إذا كان جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر * سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود * سلمناه لكن جعله مجازاً ليس بأولي من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعا للمحدورات وتمام العنور على هذا المبحث يقتضي مطالعة في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة **قوله** ولو وحد الكافر يعني إذا كان الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فإذا أسلم جازت شهادته

شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحده في القذف كان رد شهادته من تمة حدة وبالا سلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ما كان بعد اعتق فجعل ردّها من تمام حدة وطواب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية فلا ينقلب موجبا وفرق بينهما بان الزنا لم يعتد موجبا في دار الحرب للحد لا تقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند مكانه واعترض على كلام المصنف رح بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة ايضا لملا فائدة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد وما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيد او الجواب ان فائدته تطبيق المسئلتين في عرض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحجوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه **قوله** ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدة ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيدة فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيدة ولان المانع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تتمكن فيه شبهة قال المصنف رح والمراد بالاجير على ما قال

(كتاب الشهادات — *باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

ولاية متعددة ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له والتخصيص ما يليق في القبول في وقت ما وإن معنى قوله لهم المحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولا أنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكنه مانع عن القذف كالجحد والحد وهو الأصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمتع اعتبارا بالأصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب صدائقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ والفسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف * ووجه ذلك أن رد الشهادة إن كان بالفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق إذا الحكم الثابت له بقوله تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا إلا النهي عن القبول وقال الشافعي رح تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا إلا الذين تابوا * والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ وليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبى وهو اخباري فَإِنْ قُلْتَ فاجعله بمعنى الطلبى ليصح كما في قوله تعالى وَالَّذِينَ احسانا قلت يَأْبَاهُ ضمير الفصل فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكده الاخبارية * سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل * سلمناه لكنه كان إذا كان جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر * سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود * سلمناه لكن جعله مجازا ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعا للمحدورات وتمام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله ولو وحد الكافر يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فإذا أسلم جازت شهادته

شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحده في القذف كان رد شهادته من تمة حدة وبالا سلام حدث له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ما كان بعد اعتق فجعل ردّها من تمام حدة وطوبى بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية فلا ينقلب موجبا وفرق بينهما بان الزنا لم ينقلب موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عندا كانه واعترض على كلام المصنف رح بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة ايضا لملا فائدة وقت قبول الشهادة فاوجب الرد وما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيد او الجواب ان فائدة تطبيق المسئلتين في عرض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحجوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه **قوله** ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداد لولده عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيد ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيدة فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم تقبل في حق سيدة ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تتمكن فيه شبهة قال المصنف رح والمراد بالاجير على ما قال

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

إذا وصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وقيد به في ما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مد من الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من أدم من على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمر كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الذبيب والمنصف * وشرط الأدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الأقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطير طيرة وذلك فسق * فاما إذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة إلا إذا خرجت من البيت فأنها تأتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته وهو يبيع ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلاً للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطيور وهو المغني فهو مستغن عنه بقوله ولا من يغني للناس فإنه أعم من أن يكون مع آله الله أو لا * وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق وهذا يقيد كونه للناس حتى لو كان غناءً في نفسه لازالته وحشته لا بأس به عند عامة المشائخ رحمهم الله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي واختاره المصنف رحمه الله تعالى لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم * ومن المشائخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه ينشد الأشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك **قوله** ولا من يأتي بأباً من الكبراء من أتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وستقطعه الله * هذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد وقتل ونال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ذكره رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الحديث المعروف وهو الاشرار بالله والغرار
 من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم
 ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا
 من يأكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلثة *
 المنار * او تقويت الصلوة بالاشتغال به * او اكثر الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر
 والمصنف رحمه الله لم يذكر الثالثة لان الغالب فيها الاولان * ولم يفرق بين النرد والشطرنج
 في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مستقطا للعدالة مجردا بالقوله
 عليه السلام ماعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا * ويجوز ان يكون افراد قوله
 فاما مجرد اللعب بالشطرنج ليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك **قوله**
 لان الاجتهاد فيه مساهة قبل لان مالكا والشافعي رحمهما الله يقولان بحال اللعب بالشطرنج
 وشرط ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما يجوع عن مباشرة العقود
 الفاسدة وكل ذلك ربوا فلوردت شهادته اذا ابتلى به لم يبق احد مقبول الشهادة
 غلبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يستقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم
 البلوى **قوله** ولا من يفعل الانفعال المستحقة وفي نسخة المحترقة وفي اخرى المستحقة
 وفي الاخرى المسخنة كلها على اسم المفعول سوى المسخنة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف
 وهو النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان ثيل الغزل وصحيح
 صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والا كل على الطريق اي البول بين الناس
 لان فيه ترك المروءة فاذا كان لا يستحيي منى مثل ذلك فالظاهر انه لا يستمع عن الكذب
 فكان متهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون رضي الله عنهم
 منهم ابو حنيفة رحمه الله يظهر فسته وفيد بالاعذار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهر رد فهو عدل
 روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لا قبل شهادة من سب اصحاب رسول الله

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بان اظهارة سفه لا ياتي به الا الاسقاط
 السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد ديناً ان كان على باطل
 فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطا بية منهم واليهوى ميلان النفس
 الى ما تستلذه من الشهوات وانما سبوا به لما بعثهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج
 والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم
 كلوا حد منهم ينشق اثنتا عشرة فرقة وقال الشافعي رح لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه
 النسق اذ النسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي * ولما انه فسق من حيث
 الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً
 فصار كحفي شرب الميثاء او شافعي اكل متروك التسمية عامداً معتقداً ابا حنيفة فانه
 لا يصير به مردود الشهادة والخطا بية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى
 ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم ان علياً
 رضي الله عنه الآله الاكبر وجعفر الصادق الآله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى
 منهم شيئاً على غيره يجب ان تشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم * فرد
 شهادتهم * لانهم كفرون ان كانوا كما قيل ولا يمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانياً وثالثاً
قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة
 عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله
 عليه السلام لا شهادة لاهل ملّة على اهل ملّة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة
 على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
 والمراد به الولاية دون الموالاته فانه معطوف على قوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء
 فالعطف قرينة تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه ولما روي أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض روى جابر بن عبد الله وأبو موسى رضي الله عنهما ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار وكل من هو كذلك فله أهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فإن قيل المسلمون لهم أهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس والجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا واعترض بأن الله تعالى قال مَنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ والكافر ليس بمرضي والجواب أنه ليس بمرضي بالنسبة إلى الشهادة علينا ومطلقا والأول مسلم وليست بقبوله والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والنسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لأنه فاسق * وتقريره النسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن نسق الكفر ليس من باب أنه الكافر يجنب محرم دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظورات الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الضرور وهم ارتكبوا الكذب بالنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وَجَدُوا بِهَا مَا سَتَيْتُمْهَا أنفسهم ظلما وعلوا واجيب بأن المراد بهم الأحرار على عهد رسول الله عليه السلام المتواطئون على كتمان نعمته ونبيه وآله عليهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالكذب منهم تدين وطبقون على كون الكذب على أحد محظورا إذ هو محظور الأديان كلها **قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل **قوله** بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لم تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزم الولاية أهلية الشهادة لقبلة شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

(كتاب الشهادات — *باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بان اظهارة سفه لا ياتي به الا الاسقاط
 السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد ديناً وان كان على باطل
 فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطائية منهم والهوى ميلان النفس
 الى ما تستلذبه من الشهوات وانما سموه لما بعثهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج
 والروافض فان اصول الاهواء الجبر والتدبر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم
 كلوا حدهم يفترق اثنا عشرة فرقة وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة تهم لانه اغاظ وجوه
 الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي * ولنا انه فسق من حيث
 الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً
 فصار كحفي شرب الميثاق او شافعي اكل متروك التسمية عامداً معتقداً اباحت فانه
 لا يصير به مردود الشهادة والخطائية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى
 ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكائنس لانه كان يزعم ان علياً
 رضي الله عنه الآله الاكبر وجعفر الصادق الآله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى
 منهم شيئاً على غيره يجب ان تشهد له ببقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم * فرد
 شهادتهم * لانهم كفرون ان كانوا كما قيل ولا يمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانياً
قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة
 عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله
 عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة
 على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
 والمراد به الولاية دون الموالاته فانه معطوف على قوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء
 فالعطف قرينة تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق
 قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواد جابر بن عبد الله وأبو موسى رضي الله عنهما ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار وكان من هو كذلك فله أهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فإن قيل المسلمون لهم أهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس والجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وَأَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا وعرض بأن الله تعالى يَا لِمَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ والكافر ليس بمرضي والجواب أنه ليس بمرضي بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقا والأول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والنسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لَا تَأْسُقُ * وتقريره النسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن نسق الكفر ليس من بابة فإن الكافر يجتنب محرم دينه وعرض بأن الاجتناب عن محظورات الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوها الكذب بالنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وَجَدُوا بِهَا مَا يَشْتَكُونَ أنفسهم ظلموا وأجيب بأن المراد بهم الأحرار على عهد رسول الله عليه السلام المتواطئون على كتمان نعتهم ونبيهم إلا أنهم إذا هم عندنا ومن بعدهم على أن الحق مانع عليهم فالنكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا إذ هو محظور الأديان كلها **قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل **قوله** بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله وهذا لم تقبل شهادته على المسلم وعمما يقال لو استلزم الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

وقدمر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولأنه يتقوّل عليه جواب آخر وتقريره سلمنا ان علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو غيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلانهم لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف راجع اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه ما خوذ فيها فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لا حد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه للولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو على حاله ايه اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهار على الاختلاف لتتمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزءا لعله انتطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انتطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفتين ودخل دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلة في بعض الصور دون بعض تحكم والاول هو الظاهر فان قلت اما يجوز ان تكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزءا لعله انتطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعد فتأمل * وسند ذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذاك **قوله** وتقبل شهادة المستأمن بعضهم على بعض المستأمن في دارنا لا يخلوا ما ان يكون من دار واحدة او لافان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعضهم وان كان الثاني كالتركي

كالتركي والرومي لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث **قوله**
 بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي
 على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك
 فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه
 بالنص وهو قوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ولا نص في المستأمن
 فتقبل شهادة الذمي ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا * وفيه اشارة الى ان اهل الذمة
 اذا كانوا من دارين مختلفتين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم
 بخلاف المستأمن **قوله** وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر
 من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرائض ويحسب الكبار والاصرار
 على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون في الشرع
 اغلب من المأثم بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالمأم الصغائر لئلا يفضي
 الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحتيائها وتقبل شهادة الاقل وهو مؤمن
 لم يختن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا
 بالدين فانه لا يبقى حجة على بل مسلما وابو حنيفة رح لم يقدر له وقتا معينا اذا المقادير بالشرع
 ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قد روه من سبع سنين الى عشرة وبعضهم
 اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختنا اليوم السابع
 لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو من زرع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة
 الخصي ولانها قطعت ظلما فصارك من قطعت يده وتقبل شهادة واد الزنا لان فسق الابوين لا يربو
 على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك رح لا تقبل شهادته
 في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثلته والكاف زائدة كما في قوله تعالى لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ
 فيتهم قلنا الكلام في العدل وحب ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

به سلمنا لكن لانسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالتساء لاحتمال ان تكون امرأة **قوله** وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشائخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة رح يجوز شهادة العمال عدال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العدل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **قوله** وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عون له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثله بما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظ للمروءة ولمها بته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة تهم فيكون ايراد هذه المسئلة رد القول لهم لان كسبهم اطيب الاكساب قال النبي عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا **قوله** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت للميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا ولم يكن * فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سند كره * وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه

حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظ الاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من ينصبه واهليته وهو لاء بشهادتهم اكفوة مؤنة النعين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما بثالث معهما اتراف بعجزهما عن التصرف بعد استقلاهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي اذ اكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانه تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجرد او غيره لانه لا يخلوا ما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او آكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف رح بوجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المتقضي عليه من رفعه بالتوبة ودفع الالتزام وسماعها انما هو للحكم والالتزام وتاثيرهما قبل وعليه الاعتداد ان في الجرح المفرد هنك السترو هو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب السترو تعاظمي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

معدلين في العلانية فيسمع منه الجرح المفرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقولوا
 لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تفاديا عن التعاصي واحترازا
 عن اظهار الفاحشة وليس في مانحن فيه ذلك * وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم
 السماع يفيد لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا **قوله** الا انه استثناء
 من قوله لان النسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى انه
 اقران شهودي فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهره والفاحشة
 وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعى والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا
 بان المدعى استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد فضم الاستجار اليه ليس بمخرج
 له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه
 اجنبيا عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة على ان المدعى استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا
 الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان
 جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني
 صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور
 وقد شهدوا وطالبهم بذلك المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح
 مجرد غير مسموع **قوله** ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق
 العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح
 المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا اسهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه
 البينة ان الشاهد عبد او محدود في القذف او شارب خمر او سارق او قاذف
 او شريك المدعى قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة
 اما قوله انه عبد فلما انه ثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله
 وموضعه اصول الفقه * واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برن

الحد برد شهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فإن قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما في ما تقدمت فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا ادعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام انكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها يندفع بان يقال للقاضي سرا ولا يظهري في مجلس الحكم * وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران * احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول * والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقدم واما اثبات الشراكة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه **قوله** ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال او همت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي او اتيت بما لا يجوز لي * فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغريب من احد الخصمين او لا * فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع شبهة او غيره * وان كان عدلا نبئت شهادته في غير موضع شبهة مثل ان يدع لفظه الشهادة او ما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او الاشارة اليه احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك لفظه الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشرط لا يتحقق بدون الشرط * واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهدا ولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله او همت وبما نفى او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس

(كتاب الشهادات — *باب الاختلاف في الشهادة*)

كالمقرون باصلها واليد مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعد ما قل المصنف ووجهه ان الشاهد قد ينل بمثله لمها بة مجلس القضاء فكان العذر واصح ما يقبل اذا تدارك في آوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعد ما قام من المجلس فلم يقبل لانه يؤهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بخطام الدنيا والتقصان من المدعي عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط **قوله** ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليد شمس الائمة السرخسي روح فانه الحق الملحق باصل الشهادة فنصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والتقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود وقد ذكر الشرقي في مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن محمد بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تدارك قبل البراح من المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالتهم ينفي توهم التلبس والتغريب والظاهر ما ذكرناه اولا من تقييد ما فيه شبهة التغريب بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقهما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخرة وضعها للتناسب **قوله** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت فان خالفتهما لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة وهو ان تتحد انواعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعاً وملكا ونسبة * فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم * او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين * او ادعى شرفة ثوب احمر وشهد بابيض * او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

الفطر بالبصرة * او ادعى شق زقه و تلاف ما فيه به وشهد بان شقاه عنده * او ادعى عتارا
 بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه * او ادعى انه ملكه وشهد انه
 ملك ولده * او ادعى انه عبده ولده التجارية النلائية وشهد ببلادة غيره الم تكن الشهادة
 موافقة للدعوى * واما الموافقة بين نظميها فليست بشرط الا يرى ان المدعى يقول ان عي
 على غيبه يمي هذا الشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم
 الدعوى في حرق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت في ما يوافقها وانعدمت في ما
 يخالفها اما ان تقدم فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها
 ولا يعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فليعدم ما يهددها من النكاذيب
 واما عدمها عند المخالفة فلم يوجد ذلك لان الشهادة لتصدق الدعوى فاذا خالفها فقد
 كذبت فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين * احدهما انما تقدم الدعوى
 شرط قبول الشهادة وقد وجدت في ما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم
 وجود المشروط * والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فاما رجم اصدق الشاهد
 حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم
 سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القول
 بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الامكان في الشهود
 العدالة سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه
 فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهد بين في اللفظ والمعنى
 عند ابي حنيفة راجح الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرط بين الدعوى
 والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
 فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع
 بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة * واما الاختلاف بحيث يدل بعضه

على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة ر ح وجوزاه فان شهدا احدهما بالف
والآخر بالفين لم تقبل عنده وقال لا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وهودين وعلى هذا المائة والمائتان والثلثة والثلثان والثلث لهما اتفاقا
على الالف او الثلثة وتفردا احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه
دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الف وخمسائة وشهدا احدهما بالف والآخر بالف
وخمسائة على ما سيجي ولا يبي حنيفة ر ح انهما اختلفا لنظائر ان احدهما مفرد والآخر تشبیه
واختلاف الالفاظ افراد أو تشبیه يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة
وان ثبت بالتشبه فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به
عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينًا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما
شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلا فهمما هذا كما خلا فهمما في جنس المال
بان شهدا احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين
وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها
بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة ر ح من ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس
حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالانقراض قبلت ولو شهد
احد الشاهدين بالغصب والآخر بالانقراض لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين
الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الف وخمسائة وانكر المدعي عليه خمسمائة
وشهد شاهدان بالف فالتقاضي يقول يحتمل انه ابرأ عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما
بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق * وبين هذه المسئلة
وما نقلت من المبسوط ما ترى من التناهي فالتحق في الجواب لابي حنيفة ر ح ان يحمل
ما نقل من المبسوط على ما اذا وفق الشهادة يدعي البراء والابفاء ولا يلزم ابا حنيفة ر ح
ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوفعت واحدة

واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن وائس
 في مانحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء **قوله** واذا شهد احدهما
 بالى والاخر بالى وخمسائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول
 اذا شهد احدهما بالى والاخر بالى وخمسائة والمدعى يدعى الاكثر قبلت الشهادة
 على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسائة جملتان عطف
 احدهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه * ونظيرة اذا شهد احدهما بطلقة
 والاخر بطلقة ونصف او بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر
 بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصا ومتباينين كالالف والالفين * هذا اذا كان
 المدعى يدعى الاكثر وما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد
 بالاكثر باطله لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء
 فان قيل لم يكذب به الا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى عليه بالباقي كما قضى بالباقي
 فى الاقرار اذا كذب المقر له المقر فى بعض ما اقرب به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق
 له ولا شهادة للفا سق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار
قوله وكذا اذا سكت يعنى اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة
 بحالها لا يقضى له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق
 لان التصريح بذكر التوفيق فى ما يحتمله لا بد منه فى الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل
 حقي الفا وخمسائة ولكن استوفيت خمسائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق *
 وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعى اقل المائتين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اوجه *
 اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاربعين
 بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر **قوله** واذا شهدا بالى وقال احدهما قضاة منها
 خمسائة اذا ادعى الفا وشهدا بالى وقال احدهما قضاة منها خمسائة قبلت شهادتهما

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

بالالف لا تفاهما عليه ولا يسمع قوله انه قضاء لانه شهادة فردا لان يشهد معه آخر فان قيل
 شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاة خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعي عليه
 الف بل خمسمائة لا غير واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض
 العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاء منها خمسمائة شهادة على المدعي
 بقبض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا وعن ابي يوسف ر ح ان يقضى
 بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لاديين الاخمسمائة لان القبض بطريق
 التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن
 الدين الاخمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضى
 بالاقبل كما قلنا في الف والالفين الا ان محمدا ر ح خالفه ههنا لان ذلك في ما يكون الشهادة
 بالاقبل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك * وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الف
 وتفردا احدهما بالقضاء والقضاء يتلوا الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب
 من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتي
قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد
 بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم لعلمه بدعواه بغير حق
 وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهدا احدهما انه قد قضاها
 فالشهادة جائزة على القرض لا تفاهما عليه وتفردا احدهما بالقضاء والفرق بين مسألة
 الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسألة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله
 وفي ما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر ر ح لان المدعي
 اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له فلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض
 لانه كذبه في ما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص
 آخر قبل ان يشهدا له فاكذبهم * وحاصله ان اكذاب المدعي بشهوده تفسيق له لكونه اختياريا وما

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة و آخران بقتله يوم النحر بالكونة قبل ان يقضى القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة يبقين اذا العرض الواحد اعنى القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما وتضى بها ثم حضمت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقص بما ليست بمثلها **قوله** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رح وهو الاصح وقيل ان كانا متشابهين قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالهما فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحداهم لكونه مما يندرج بالشبهات وفيه اتلاف نصف الادمي فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة * ولا يبي حنيفة رح ان التوفيق ممكن لان الحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره احدهما والاخر ابيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلفا شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين * احدهما ان طلب التوفيق هنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدرة لاثباته * والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به في ما ثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه في ما يدربها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لاثباته لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا

(كتاب الشهادات بـ * باب الاختلاف في الشهادة *)

فيقطع به أولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وامثالها فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياالا لاثبات الحد لا مكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين ان ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلاف في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبارا مكان التوفيق او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر في ما كان في صلب الشهادة وامكانه في ما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسألة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذا الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشته ليحتاج الى التوفيق **قوله** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على آخرانه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمس مائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمس مائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غير بالف وخمس مائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لانسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليرتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصود ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصود السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا فزاد في الثمن وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمس مائة انما يكون اذا كان الالف وخمس مائة ملصقين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال

فلا يقال اشترى بالف وخمس مائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن **قوله** ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمس مائة لافرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظه معنى * اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة * واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكرها الشهادة لا تقبل لتمكنه من النسخ والجواب عن الاول ان تقديره ان بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من النسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار النسخ ويخاصم لادنى البديلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح من دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والتاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمس مائة والمرأة تدعى الاف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمس مائة والعبد يدعى الاف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمس مائة والتاتل يدعى الاف فهو بمنزلة دعوى الدين في ما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الاف اذا ادعى التاتل وخمس مائة بالاتفاق واذا ادعى العبد لا تقبل هذه خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت منهما لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن فكان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا قبل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسائة فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد منى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدین فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعالدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البذل * وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستأجر فان كان الاجر فهو بمنزلة دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انتضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصاركمن ادعى على آخر الف وخمسائة وشهدا احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة جازت على الف وان شهد احدهما بالالف والاخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة ربح كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقربا لاكثر لم يبق نزاع وان اقربا لاقل فالاجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك * وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه **قوله** فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهدا احدهما بالف والاخر بالالف وخمسائة قبلت بالف عند ابي حنيفة ربح وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابو يوسف ربح مع قول ابي حنيفة ربح لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولا يبي حنيفة ربح ان المال

المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعالم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتاً **قوله** والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتدال بالتسلط عليه مجازاً كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهد بين فيها فثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقول لاتفاقهما عليه واعارض عليه بان فيه تكذيب احداً للشاهدين واجيب بانه في ما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظرفان مراد المعارض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المحل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف ر ح ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او بالصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة وجهه ما في الكتاب ان المظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البديل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود اعنى الدين وقال ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المرأة هي المدعية وما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع على انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان السلام ليس في ان الزوج يدعي العقد والمال والمرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة

(كتاب الشهادات — * فصل في الشهادة على الارث *)

على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد اولا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك
وقالا يوجبونه وقد ذكر المصنف رح دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

* فصل في الشهادة على الارث *

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع
واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجبر والنقل وهو
ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له اولا قال
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد منه خلا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك المورث ملك
الوارث لكون الوراثة خلافة له هذا يريد بالعيب ويريد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة
بالمالك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث يتجدد في حق العين
ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية المورثة ويحل المورث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لانه
يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا
على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا ظاهروا من حال المسلم
في ذلك الوقت ان يسوي اسما به ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين
انها وديعة فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال
قد يكون اليد امانة ولا ضمان فيها لتقلب بواسطة يد ملك لان الامانة نصير مضمونة
بالتهجيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ وهو تعد يوجب
الضمان * واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لايه اعارها او اودعها الذي
هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف رح
فلانه لا يوجب الجبر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجبر
وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعبر والمودع ومن اقامها انها كانت في يد فلان

(كتاب الشهادات — *باب الشهادة على الشهادة*)

فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عندنا يتنصرون اقامتها على انها ملكه عند موته * وان اقامتها انها كانت لابييه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجبر ومقام مقامه ويقبل عند ابي يوسف رح شهادتهم بملك المورث **قوله** وان قالوا الرجل حي مسئلة اتى بها استطراد اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذلك هذا نصا كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعى فانها تقبل وترد الدار الى المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية نزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر ابي اليد متنوعة التي يدملك وامانة وضمان وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر بدلا حتميا زواله بعد ما كانت كالمعين المحسوس عدم زواله **قوله** وان اقر بذلك المدعى عليه يعني اذا اتى المدعى عليه هذه الدار كانت في يده هذا المدعى دفعت اليه لان الجهالة في المقربة لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه ذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقربة وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان

* باب الشهادة على الشهادة *

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر * وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزممت الاصل لاحقا للمشهود له

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

لعدم الاجبار والاناة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنا جوازها في كل
 حق لا يستط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل نديعجز من ادائها البعض العوارض
 فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كُثرت اعنى الشهادة على
 الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي اكن فيها شبهة البديلة لان البديل مالا
 يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى
 البديلة لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازها بين البديل والمبدل ولكن لو شهد احد الشاهدين
 وهو اصل واخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البديلة انما هي في المشهود به
 فان المشهود به بشهادة الفروع وهو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه
 مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول
 فلم يمنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البديلة فيها لا تقبل في ما يسقط بالشبهات كشهادة
 النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البديلة
 يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب
 لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز عنه
 بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذرا فاقامة بعض
 قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص **قوله** ويجوز شهادة شاهدين اي يجوز
 ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رح لا يجوز الا ان يشهد
 على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر فذلك اربع على كل
 اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارتا كالمراأتين لما قامتا مقام رجل واحد
 لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الاشهادة
 رجلين فانه باطلا فبغير الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان نقل
 الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي رضي الله عنه معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق

حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا
 بحق آخر غير الاول * بخلاف شهادة المرأتين فان نصاب الشهادة لم يوجد لانهما بمنزلة
 رجل واحد * ولا تقبل شهادة رجل واحد على شهادة واحد خلافا لما لك روح قال الفرع قائم
 مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد
 بنفسه واعتبر هذا بر رواية الاخبار فان رواية الواحد مقبولة * ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه
 وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف
 رواية الاخبار **قوله** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرع من بيان وجه مشروعيتها
 وكمية شهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد
 ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
 اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالتائب عن الاصل فلا بد من التحميل
 والتوكيل على ما مروا **قوله** كالتائب عنه لما مر ان الفرع ليس بتائب عن الاصل
 في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي
 لينقله مثل ما سمعته * ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله
 لينقله الى مجلس القضاء * وان لم ينقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان
 من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم ينقل له اشهد **قوله** ويقول شاهد الفرع
 هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد
 ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنه بكذا وقال لي اشهد على
 شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
 والعبارة المذكورة تنفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي لشهادة الفروع عند الاداء
 لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان
 على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة)

اشهد على شهادة بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينات ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذ ابي جعفر ر ح وهكذا ذكره محمدر ح في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادة حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمدر ح فلان القضاء عند ديقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذار جعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره واما عند فلان ان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحاكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المصنف ر ح مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل * وذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل * ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع بشهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل تجب عليه اقامتها واثم بكتماها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباختبار هذا الا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها حجة في بطلان ولايته في تنفيذ

تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر
فصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال
الولاية عليه * وهذا كلام حسن يسد الخلل واما عبارة المشائخ رحمهم الله فهي مشككة ليس فيها
اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد **قوله**
ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز
ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا
مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحاكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز
الاصول عن اقامتها وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
حتى اذ ير عليها عدة احكام كتقصير الصلوة والنفط وامتداد المسح الى ثلاثة ايام وعدم
وجوب الاضحية وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف رح انه لو كان
في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يميت في اهله صح له الاشهاد فبما لم يخرج
واحياء الحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان المعجز شرعا يتحقق
به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني
ارفق وبه اخذا بوالايت وكثير من المشائخ وروى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انها تقبل
وان كانوا في المصر لانهم يتناولون قولهم فكان كمثل اقرارهم فان عدل شهود الاصل شهود
الفروع جاز وحاصل ذلك ان الفروع عين اذا شهدا على شهادة اصليين فهو على وجوه
اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس
فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول
دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع دون الاصول يسأل عن الاصول فان عدل
الفروع الاصول ثبتت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التركيبة لكونهم
على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشائخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد في ما شهد ليصير مقبول القول في ما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم تكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادة تهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكي غير الفروع عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يبي يوسف رح ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا اتقوا فقد اقاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قيل ذاك وقولهم لا نخبرك سواء فكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني رح لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة وقالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع **قوله** واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الغلانية بالف درهم وقالوا اخبرانا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام

أم لا فاند يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
 قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة واعلمها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة
 ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر عدد ودها وشهدوا على المشتري بعدما انكر
 ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان على ان المحدود بها
 في يد المدعي عليه وكذا اذا قال المدعي عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود *
 وكذلك اذا كتب القاضي بلد الحق آخر شاهدان شهدا عندني ان فلان بن فلان الغلاني
 على فلان بن فلان كذا فانتقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه
 ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور
 في هذا الكتاب يمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اى كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة
 على الشهادة الا ان القاضي الكمال ديانته وفور ولايته يتفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل
 كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الغر وع غير مناسب اذا العدد من شأنهم دون الكتاب
 لان ديانته وفور ولايته مقام العدد واما الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة
 وباب كتاب القاضي فلانة التسمية لم يجر حتى ينسبوا اليه فنحذوها وهي القبيلة الخاصة
 يعني التي لا خاصة دونها * قال في الصحاح فنحذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة
 ثم الفضيلة ثم العماراة ثم البطن ثم النخذ * وقال في غيره ان الفضيلة بعد النخذ فالشعب بفتح
 الشين تجمع القبائل والقبائل تجمع العماثر والعماراة بكسر العين تجمع البطون والبطن
 تجمع الافخاذ والنخذ يسكون الخاء تجمع الفضائل وهذا اى عدم الجواز لان التعريف
 لا بد منه ولا يتحصل بالنسبة العامة والتسمية بامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
 فكم تكون بينهم نساء اتحدت اسمائهن واسامي ابائهن وتحصل بالنسبة الى النخذ
 لانها خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 خلا فلا يبي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر النخذ يقوم مقام الجدة لان النخذ

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة * فصل *)

اسم الجدا الأعلى فينزل منزله الجدا الأدنى في النسبة وهو اب الاب

فصل

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشتهر في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حبايعزور وتشهيرة تعزيرة عند ابي حنيفة رح فتقوله ولا اعزرة يعني لا اضربه وقالوا جعده ضربا وتحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالخاء المهملة من الاسخم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثله وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما انفاه ابو حنيفة رح من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزير دونهما اذ على ذلك كان محمولا على السياسة و **قوله** ولان هذا في شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فَاَجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ وبالسنّة وهو ما روي ابو بكر عن ابيه رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلت يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا يقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت ويتعدى ضررها الى العباد باطلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعزور ولا يبي حنيفة رح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمان عمر وعامي والصحابّة متوافرة رضي الله عنهم وما كان يخفى ما يعمل به عليهم وسكتوا عنه فكان كل مروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الاثر جار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغته في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تدبير للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى اربعين وهو منهي عنه قال

قال عليه السلام من بلغ حدافي غير حد فهو من المعتدين وبذلك لا الله التسخيم هذا تأويل
شمس الائمة واوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم الترخيل بالتصحيح فان الترخيل
يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر احدكم بالانشى ظل وجهه مسودا وتفسير
التشهير ما نقل عن شريح رضي الله عنه انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا الى قومته ان لم يكن
سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للثوم ويقول
ان شريحا يقر لكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا شهر والحبس والتعزير ومقداره مفوض الى ما يراه
القاضي ولم يذكر المصنف رح ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول
الحال * وقد قيل ان رجوع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجوع
على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف * وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي
قلنا * ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا فان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور
فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة اشهر وعند آخرين سنة
قالوا والصحيح انه مفوض الى رأي القاضي * وان كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان
عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم
فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء * وروى ابو جعفر عنه تقبل قالوا عليه السلام
قوله وفي الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي
اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفى للشهادة والبيانات
شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص فظهر حيا او بموته فكان حيا اما لندوته
واما لانه لا محيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وهما
بمعنى كذبت لا قرارة بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك والله اعلم بالصواب *

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيرها عن فصل شهادة الزور ظاهر إذا الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعا عما شهدنا به أو شهدنا بزور في ما شهدنا فاما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فإن كان الأول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لأن الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لأن القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لأنهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلأن الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صار كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها * وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض به حكم الحاكم كيلا يؤدي الى التسلسل وذلك لأنه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالمالجأ من جهتهم فكان التسبب منهم تعديا فيضاف بالحكم اليهم كما في حفر البير على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار و وعد بتقريبه من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم **قوله** ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضور جاكم سواء كان هو الاول او لا لأنه فسخ للشهادة وهو

وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتقاءها ويثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء ولا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرورية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط للصحة وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنائية فالسر بالسرو والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به فاذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلا بد على المشهود عليه رجوعهما واثام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يخالفهما لان البينة واليمين ترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند القاضي كذا وضمنه المال لقبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون القاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طالب من القاضي تضمينه والالف واللام في قولنا لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل وان شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي رح ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي رح لاضمان عليهما لانهما سببا للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشرة وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشرة وههنا كذلك لان المباشرة هي القاضي واطراف الضمان اليه متعذرة لانه كالمجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بمجأ حقيقة لان المجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كما لمباشرة حتى يجب التقصاص وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما التقصاص جعل المسبب كالمباشرة قلنا فعل المباشرة الاختياري قطع النسبة وصار شبهة كما سيجيء والشافعي رح جعله مباشرا بما روي عن علي رضي الله عنه في شأدي السرقة اذ ارجموا وعلمت انكما تعددتما لتطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التمهيد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليمين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضى له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الاثمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لاتفاق بين العيين والدين ولان مبنى الضمان على الممانلة والمانلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انها اذا الزمادينا بشهادتهما فلوضعهما قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين

دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان ديناً فليس له ذلك حتى يتبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمل *
 واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان يشهد تهما ازالة عن ملكه اذا اتصل القضاء بها *
 ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنفى المماثلة * واذا كان ديناً فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنفى المماثلة كما ذكرنا
 والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهد دين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي **قوله** واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع
 من الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من يبقى نصف الحق * قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصالح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق الملتف يسقط الضمان في ما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على الملتف بالضمان ثم استحق الملتف عمرو واخذ الضمان من الملتف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على الملتف فلان يمنعه بطريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

الراجعان نصف الحق قبل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان الاعتبار بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فان رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما * اولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقي فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اصداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يتمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين القيام بنصف الحجّة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولا يبي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل واحد صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظروا وما يتم لوقال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا فنكان الاطلاق ككلمة كل وان رجعت النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا

لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة
بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم
فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا **قوله**
وان شهد شاهداً على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا
فلا ضمان عليهما سواء كانتا لشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان
المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمن
يقتضى المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة **قوله** وانما يضمن
ويتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج
هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين تقومها في الاخرى
لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة
لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة
الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي
وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتأييده وكذلك
ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته
ثم رجعا لا يضمنان **قوله** وهذا لان منى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون
بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة
وان شهدا بكسر من مهر المثل ثم رجعا ضما الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو واجب
الضمان **قوله** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالالف درهم ثم رجعا
فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمن شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان
قيمته الفين ضمنا للبائع الغال لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ولا يفرق بين ان يكون البيع بائناً وفيه خيار للبائع بان شهدا باقل من القيمة كالصور
المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقصى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر الجمع
ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والتمن لا تلا فهما الزائد بغير عوض لان البيع
بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بنفسه
البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضياً به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه يضاف
الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبائع
لما كان منكراً الاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذا العاقل يتحرز عن الانتساب
الى الكذب حسب طاقته فلما وجب البيع في المدة لم يضمن شيئاً لانه ازال ملكه باختباره
فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا ضماً نصف
المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد وبمطأوعة ابن الزوج وعلى المؤكّد
ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيداً فذبحه شخص في يده فانه يجب
الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكدم ما كان على شرف السقوط بالتخلية
ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما
كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه جعل العقد كان لم يكن فكان وجوب
نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع*
وانما قال في معنى الفسخ لان الكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل
الى ملكها من غير تصرف فيه شبه الفسخ وان شهدا على رجل انه اعتق عبده فقصى بذلك
ثم رجعا ضماً قيمته لانهما اتلفا مالاً لية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء
للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي
ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك العتق شرعا
بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه

بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان
اتلاف وانه لا يختلف بذلك **قوله** واذ اشهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل
بالقصاص فاقصص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتصص منهما وقال الشافعي رح
يقتصص منهما لوجود القتل منهما تسببا فاشبه المكرة اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكرة
ان كان اسم الفاعل او فاشبه القاضي المكرة لانه كالمجأ بشهادتهما حتى لو لم يرا الوجوب
كفران كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكرة وهو ليس بشيء لانه ليس بمجأ الى القتل
بل اولى اي التسبب ههنا اولى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث الافضاء
والافضاء ههنا اكثر لان المكرة يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء
فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتصص من المكرة للتسبب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل
مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن
فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشرة للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره
وهو تكلف بعيد وكذا تسببا لان السبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك
لان الغفومندوب اليه قال الله تعالى وان تغفوا اقرب للتقوى بخلاف المكرة فان الاكراه يفضي
الى القتل غالبا لان المكرة يورث حيوته ظاهرا * وقائل ان يقول ظهورا يثار حيوته اما ان يكون شرعا
او طبعيا فالاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالغفوم عن القصاص
والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا
ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمة تسببا ولكن الفعل الاختياري
يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح
فيقطع نسبته الى الشهود * سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة
يندرى بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص
اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ما ثبت بها * وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشرة على اختياره يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فيجعل المكره كآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه * وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمن القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشرة لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجع على الولي في قول ابي حنيفة رح خلا فلهما * قال انا عالمين للولي فيرجع ان عليه * وقال ضمنا الاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم **قوله** واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول وقالوا لم نشهد شهود الفرع فما مان يقولوا لم نشهد الفرع وعلى شهادتنا او يقولوا شهدناهم غاطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصاركما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا * وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قام مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عد التهما نصارا كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولورجع الاصول والفروع جميعا فعند هـ
يجب الضمان على الفروع لا غير لما مرّ أن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد ر ح
المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء
وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكره محمد ر ح والعمل بهما اولى من اهمال احدهما
فان قيل فلم لم تجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المثلث اجاب بقوله
والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة
الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان
على كل فريق كالمفرد عن غيره * وتأخير دلائل محمد ر ح في مسئلتين يدل على اختيار المصنف
قول محمد ر ح وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الى ذلك لان ما مضى عن القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل
ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك
لا يفيد شيئا **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكّوا فرجم
المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيد او كفار فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم
اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريةهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس
انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة
للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال * وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا
ضمنوا عند ابي حنيفة ر ح خلا فالهما لان المزكين ما ثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما
تعرضوا له وانما اتوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان
وله ان التزكية اعمال للشهادة اذا تقاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك
فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها * وانما قال

في معنى العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر
 الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا
 بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا
قوله واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبدته ان دخلت هذه الدار
 فانت حرة او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها واخران على دخولهما ثم رجعا جميعا
 فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر ربح فانه يقول الضمان عليهم
 لان المال تلف بشهادتهما * ولنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب
 دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط
 كحافر البئر مع الملقى فان الضمان عليه دون الحافر **قوله** الا يرى توضيح للاضافة
 الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد
 بالدخول ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي
 الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط * وفي ما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى
 ورجع شهود الشرط من بعض المشائخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لضافة الحكم اليها
 ههنا فانها ليست بتعدي فضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر * قيل وهو غلط
 بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان
 قوله انت حر مباشرة لا تلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة
 دون الشرط سواء كان بطريق التعدي اولا * بخلاف مسألة الحفر فان العلة هناك نقل
 الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط
قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله اعلم

* كتاب الوكالة *

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاقد

الى تعاقد وتعاوض والشهادات من التعاقد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا
فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها * والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكَّله
بكذا اذا فوض اليه ذلك والتوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه
موكول اليه الامراي مفعول اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره
مقام نفسه في تصرف معلوم * وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بوركتم
هذه الى المدينة ولم يلحقه التكبير * وبالسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشري
الاضحية * وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عليه السلام
الى يومنا هذا * وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه وروي بشر
عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبع عبدي هذا او هويت او رضيت
او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه
الاحكام كما سندكرة وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والتوكيل العزل بدون رضا صاحبه
وحكمها جواز مباشرة التوكيل ما فوض اليه **قوله** كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه
ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فتد يتفق وهو عاجز
عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صحح ان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية حكيم
بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على
الضابطة بانها غير طردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به
باطل والتوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل
مسلم في الخمر لم يجوز وان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له
عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رح واجواب
من الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود
في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها التوكيل ملك المقرض والامر

(كتاب الوكالة)

بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لادافع له وبان التوكيل بالشراء جائز
 وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لما نفع وقيل عدم المانع في الاحكام
 الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
 الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيد بدلها وهو ملك الموكل لان
 ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه
 هو ان يكون مستبد ا به والتوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل
 المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكيل وان صح التوكيل وقد
 وجد المانع وهو حرمة اقترانه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعتراض
 ملي قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة
 وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى
 في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة
 للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المنة هو الحاجة وقد توجد بلا عجز
قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة
 وكذا بايائها واستيفائها بالخصومة فلما قد مناه من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد
 يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل في الخصومة
 لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعد ما سن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر واما بايائها
 واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة
 باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرى بالشبهات بالاتفاق
 فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي
 والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **قوله** وشبهة العنود ليل على القصاص
 لان الحدود لا يعنى عنها * وتقريره ان القصاص يندرى بالشبهات وهي موجودة لان شبهة

شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر
هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي رح
يقول خالص حق العبد يستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه فنعما للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه
لا تندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته
لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذا اصل هو الصدق لا سيما
في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانقاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره
مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو
يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته اولان قلبه
لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا يسد باب به بالنسبة اليه بالكلية
قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال
وبجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايضا واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود
والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخل في قوله بالخصومة في سائر الحقوق
فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود
والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رح مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل
غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره
ولا يي يوسف رح ان التوكيل انا بة والا نابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه
عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولا يي حنيفة رح
ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط
المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق
لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة
على الشهادة لانها في الشرط لا تصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف

الاستثناء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور
 وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالتصاوص وكلا بالجواب يدفع ما عليه وكلام
 ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع *
 الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا
 الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس
 صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه
 الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل
 بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم
 قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بها الا برضا سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا
 بالمرض او السفر ولا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح قال المصنف
 ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه
 هل يرتد برده ولا عند يترد خلا نالهم * فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
 الا برضا الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم
 فيكون ذكر اللزوم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف
 ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز * والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
 الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا
 فلا * فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه يجعله مجازا * لهما ان التوكيل
 تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك
 حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي
 اي بقبض الديون وايفائها ولا يبي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه
 فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير

للغير لا يكون خالصا له * سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تثقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والنسخ **قوله** بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التزل ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل الاسهل * والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنعه عنه مطلقا وما المستطيع بظهر الدابة او الحمل فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح * واردة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقيق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امرأة مخدرة وهي ممن لم تجر عاداتها بالبر وزوج حضور مجلس الحاكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحققها لحياتها فيلزم توكيلها قال المصنف رح هذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة رح بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل **قوله** ومن شرائط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف

(كتاب الوكالة)

الذي وكل به * واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا
عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك
التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس
التصرف * وقوله وتلزمه الاحكام يحتمل احكام ذاك التصرف وجنس الاحكام والاول
احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه
الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون
ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له
بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحد الزمك الوكيل فانه ممن
يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط ولا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قله لان الوكيل دليل على
اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا
عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملك محال ولقائل
ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه
والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته
ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس
التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافا عن الوكيل في ما تصرف
فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواز
ثبوت شيء بالمرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك
جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد
فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عارض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع
ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقدان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن

الغبن الفاحش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويتصده
 بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير
 الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
 ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة
 ان ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده وازده في العقار وما يدخل
 تحت تقويم المتومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ
 او الماذون البالغ مثلهما جاز وينهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان
 الموكل مالك للتصرف والتوكيل من اهل العبارة وكل وكاله كان الموكل مالكا للتصرف
 والتوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ محجورا عليه
 او عبدا محجورا عليه او فعل الماذون ذلك جاز لا انتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل
 فظاهر وامام من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة لهذا ينفذ تصرفه باذن وليه وعبدا
 من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
 في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لتصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم
 من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من ان يرضى الحق المولى وتذال والصبي
 اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصورا هليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت
 فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ * وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا
 ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع
 لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بشئ مؤجل لم يلزمه قياسا
 واستحسانا بل يكون على الامر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان
 ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك انما هذا
 التزم مالا في ذمته مستوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون

يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا ركل بالشرى بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبس بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ذك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضى بالعقد الا على ظن ان الحقوق تتعلق بالعقد فاذا اظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به **قوله** والعقد الذي يعقده الوكيل على ضربين العقود التي يعقدها الوكيل على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل واخر بالموكل فضا بطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان حكم العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمي له اهلية الاجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له وبغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذ كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتعلق حقوق العقد به فلها قال القدوري في المختصر وقال محمد رح في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذاك كله من حقوق العقد **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي رح ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل

حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقه ابي طاهر الدباس
 واليه ذهب جماعة من اصحابنا رحمهم الله وقال شمس الايمتري ح قول ابي طاهر اصح
 وقال المصنف رح هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي رح فكيف يصح
 جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق
 فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له ذالفة والشافعي رح اصله * وتحقيق
 المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين حصولا بعبارة وجهته نيابته عن الموكل واعمالهما
 ولو بوجه اولي من افعال احدهما فلما ثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى
 القياس لخصولهما بعبارة واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فثبتنا
 الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليد اشار المصنف بقوله اعتبار التوكيل السابق
 فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة
 والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز
 عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل
 الى الموكل * وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحا الوكيل او قريبه
 لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري كان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي
 ملكا مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتهما فجازا للمولى صارت
 الامة مهر المحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل
 غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام
 من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب
 في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق ثبتت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله
 فوافق ابا الحسن في حق الحقوق واباطاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن
 قال المصنف رح وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع

والشراء بقوله وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرد به بالعيب مادام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرد له الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالمكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبّر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافته الى نفسه كان المكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد يرجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف ربح وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل من السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير المكاح ظاهر واما فيه فلان الاصل في محل المكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم عليه السلام كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على المرأة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاطا لكتبتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبت حكمه لغيره ولنا ثل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل من السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبار التوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبار العبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيراً لله درة على فضله وتنبيهه للطائف الاعتبارات جزاء الله عن الطلبة خيراً **قوله** والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه

لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل * واذا وكل بان يهب عبده
 لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعير دابته او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل
 وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه
 وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض
 ممن عليه قال المصنف رحمه الله لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض
 والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا
 مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا
 لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق في ما يثبت الحكم بالعبارة وحدها في ما لا يقبل
 الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة تنفي ما احتاج الى القبض
 اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس نحو الوكيل بالاستعارة
 او الارتيان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل
 اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل
 وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة
 العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد
 الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة **قوله** الا ان التوكيل
 بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس واعلم
 اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما ييسر الله ذكره لكون المقام
 من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذنك بخلافه فلا ملومة فان جهد
 المقلد موعمه * التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز
 ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن
 في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البذل منه في ذمة

الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فـ اورد التوكيل بالاتهاب
والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير
او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل
بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها
بجعلها موجبة للمالك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن
في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها
ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلموا اعتبرناها
محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبرا لايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف
في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة
فيه فانهما تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت
الملك في ما استقرض الامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض
منك فتح يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل **قوله** واذا طالب الموكل المشتري
بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنع اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه
لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه
الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري
الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه
وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف وامافي الصرف
فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول
ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم تجز فكذا اذا ثبت له حق القبض **قوله**
ولهذا توضح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين
وقع المقاصة بدين الموكل ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

لكون الثمن حقه * ولأن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراء جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عندا بمحتملة ومحمد رحمه الله المدان ببرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظرفانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء اسقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالقة العبد عليه واستحسن ابو يوسف رحمه الله الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وتوعا ومس حادثة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قوله** ومن

(كتاب الوكالة - * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطاح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان * والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقائق في جواب ما هو كالانسان مثلا * والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس ما يشتمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف * فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا او لا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتبار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعتراض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذ لم يعلم النوع ام يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيته فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتره يكون ممثلا ويقع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والمراد من الوصف النوع والقياس ياباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا في ما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلوا اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وجرجا وذلك خلف باطل * فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها لتمييز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها * فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه وصفته فذاك معلوم صححت الوكالة به لامحالة وان ترك

جميع ذلك وذكرنا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لامحالة
وان بين الجنس بان ذكرنا يدل على انواع مختلفة فان ضم الي ذكروه بيان النوع
او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذا
وعلى هذا اذا قال لا خراشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة
الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل
والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس
الى الكساء وهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والتجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعدر الامثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشتر لي
عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تنقل الجهالة
وكذا اذا قال عبدا بخمس مائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما عادة فلا يمتنع الامثال * وتبين من هذا ان اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس
صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسلطة وفائدة ذكر
وضع الجوامع الصغيرة ان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه **قوله** ومن دفع
الي آخرد راهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الي آخرد راهم وقال اشتر لي بها طعاما
يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذا الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك
اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة
ودقيقها * قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

واما في عرف غيرهم فينصرف الى كل طعام قال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهرة يدل على ان ما ذكره او لا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قليل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا * ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبز او ان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة * واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف الحلاق الملتزم المتناول لكل مطعموم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبز او قع على الوكالة للمعلم بان المراد ذلك **قوله** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب اذا اشترى الوكيل ما وكل به ونفضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة وان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون التحقيق كلها اليه كان خصم المني يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو

ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العيين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتفاض * وبان التوكيل بالشراء جائزا محالة والثن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا في ما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم المبدل في ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا * واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الامر على وجه التملك منه كان قرضه له عليه * ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الامر لا لاق ما يدل على بطلانه * ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن تتعلق الحقوق او ممن لا تتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالمصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل * ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقدا والمستحق بالعقد قبض العاقد **قوله** بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول
 من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم
 ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول
 ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان
 افتراق بلا قبض واذا كانت فيد ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض
 غير العاقد فلم يصح **قوله** واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء
 الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما
 مبادلة حكيمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت اماراتها فانهما اذا اختلفا في
 مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرد على الوكيل وذلك
 من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع
 المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه
 حلة لاصله * واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته فيرجع
 عليه **قوله** ولان الحقوق دليل آخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير
 اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل
 ومن جعلتها للدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرابه دلالة
 وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس
 صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل
 الرجوع وللوكيل ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق
 حبس المبيع لقبض الثمن * وعلى هذا الفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع
 اولوا وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه
 والحبس في المسلم غير متصور * ولنا في ذلك طريقان * احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط

يسقط حق الحبس لان المادة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا
لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا ينو سل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض
على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس * والثاني ان يقال ان قبض الوكيل
في الابتداء متردد بين ان يكون لتتيمم مقصود الموكل وان يكون لحياء حقه وانما
يتبين احد هما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عند عرفنا
انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه
فان حبسه فهلاك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف ربح يعتبر الاقل من قيمته
ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل
بخمسة وضمن المبيع عند محمد ربح وهو قول ابي حنيفة ربح يسقط الثمن بد قليلا كان
او كثيراً وضمن الغصب عند زفر ربح يجب مثله او قيمته بالغلة ما بلغت ولا يرجع الوكيل
على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر * زفر ربح
يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار
خاصبا ولهما اي لا يحنث، ومحمد رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل
كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع
واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع
وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيقوى جهة
كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده
امانة ولا يبي يوسف ربح انه مضمون بالحبس لاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن
مضمونا قبل الحبس كما تقدم فصار مضمونا بعد الحبس وكلما هو كذلك فهو في معنى
الرهن لا معنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد * وهذا الاثبات مدعاة
وقوله بخلاف المبيع لنفي توألهما يعني ان المشتري ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينسخ بهلاك المبيع

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

وههنا لا يتنسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف رح بقوله قلنا يتنسخ في حق الموكل والوكيل وان لم يتنسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فردّه ورضى به الوكيل فانه يلزم الوكيل ويتنسخ العقد بينه وبين الموكل * قيل وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس فتى الاول يتنسخ البيع وفي الثاني لا وانسخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انسخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع * وانما كما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التامل وجدت ما ذكر من جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ما ذكره وهما **قوله** واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع مثله عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول انزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند الحنيفة رح و لا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد رح مع ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة الميسر في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه انزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للما مور ولابي يوسف رح ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعرة عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه في ما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لاسيما اذا زاد خيرا وصار كما اذا وكل ببيع عبد بالف فباعه بالنفس ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامر به بشراء الزيادة نظن ان ذلك

ان ذلك المقدار يساوي درهمين وقد دخلت في ما امر به فينخذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل
لانه اتيان بالامور به وفيه بحث من وجهين * الاول يجب ان لا يلزم الامرشي من ذلك
لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز
على قول ابي حنيفة رح كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا تقع واحدة
لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه تبعاله *
والثاني انه اذا امره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد
منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم
للامر منهما شيء والمسئلة كما مسئلة حد والقدّة بالقدّة واجاب عن الاول الامام حميد الدين
بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن
ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما في ما نحن فيه فكل قصدي لان
اجزاء الثمن تنوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب
النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد
وصفة واحدة وكلامنا فيه وح كان للتوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف
الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحرز
والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينخذ عليه والى هذا اشار
في التتمة فقال لاني لا ادري ايها اعطيه بحصة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحرز
والظن وهذا لا يتمشى الاعلى طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط * واما
عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت
فيه قليل اذ له كان من جنس واحد مفروغ التساوي في القدر والقيمة وقد اختلف بعضه
ببعض * بخلاف الثوب فان في طرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطول وعرضها
ورفعة ورقعة واصله كونه جاصلا بصنع محل السهوا والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

خلا قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل أبي يوسف فرح المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالاف وبيعه بالنفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له * ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا * والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزائدة لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى تارة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف * وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الامر **قوله** ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكل بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغيير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فاذا سمي الثمن فاشترى بخلاف جنسه اولم يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلا بشراءه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل الاول لانه خالف امر الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيل لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا انكحها من نفسه بمهر المثل المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لامجاله فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما

(كتاب الوكالة * — باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

فما عداه موافقة مثل ان اشترى بالمسمى من الثمن او بالنقود في ما اذا لم يسم واشترى
 الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا * قيل
 ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني
 بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازة جاز وبين التوكيل بالطلاق
 والعناق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية في الذخيرة
 والتممة واجب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأي
 الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق في ما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة
 فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأي فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة
 والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور به مأمورا بنقل عبارة الامر لا بشيء آخر وتوكيل
 الآخرا والاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما
 فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيهما الى الرأي فاعتبرا المامور به وكيلا
 والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضرة او باجازته **قوله** وان وكله بشراء عبد بغير عينه
 اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبد فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل
 او يشتريه بمال الميركل وقوله هذا محتمل يجوز ان يكون مراده التقدم من مال الموكل
 وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجه
 لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان
 للامر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
 مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان الثاني كان للمامور حملا لفعله على ما يفعله
 الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم * ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله
 على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دالا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له
 ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث قايما ان نواه لا امر فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن كان نقد الثمن من ماله كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد رَح هو للعاقدة لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف رَح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا من اي المالكين نقد تعيين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما به يحتمل انه كان نوى للامر ونسيه وقوله وفي ما قلناه يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبرا بالنقد وخلاف في ما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه * فكان حمل كلام القدوري او يشترى به مال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك باننا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجي من انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة واستتفدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة **قوله** والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر مع استعادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض

بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقانه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم
النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالنقد اثرا
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رح بان للنقد اثر
في تنفيذ السلم فان المفارقة بالنقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء
كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قوله** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف
ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل
بشراء عبد معين او غيره والا اول سيجي والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف
او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن
غير منقود فالقول للامران المامورا خبر عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن
على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت
وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل
وهو منكر فالقول قوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف * وقوله
وهو راجع الى ما في هذا * وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلاف فان كان الثمن منقودا فالقول
قول المامور لانه امين وان لم يكن منقودا فذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا لا يتهم في الاخبار عنه * فان قيل ان وقع الشراء
للكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء اذا رجع التصور
ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
للامران انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راي الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة
الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني في ما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله

(كتاب الوكالة — باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للما مورسواء كان الثمن منقوداً أو لا بالاجماع أما عند همدان فإنه يملك استينافه وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه لا تهمة في ذلك الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن لنفسه عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة رحمه الله * وإن كان العبد هالكاً والثمن منقوداً فالقول للما مور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة * وإن كان غير منقود فالقول للأمور لأنه أخبره لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الأمر وهو منكراً للقول قوله **قوله** ومن قال لا خبر يعني هذا العبد لفلان رجل قال لا خبر يعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أي أن يكون أمراً بذلك فإن لفلان ولاية أخذه لأن قوله السابق يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه والإقرار بشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا يثمة الإنكار اللاحق * فإن قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتدل أن يكون للشناعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أي لأجل شفاعتك فلما خلاص الظاهر لا يصار إليه بلاقرينة وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة في ما نحن فيه وإن قال فلان لم أمره أنا ثم بداله أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتد بالرد إلا أن يسلمه المشتري له أي إلا أن يسلم له المشتري العبد لاجله إليه * ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلان العبد المشتري لاجله فاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري * بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعاً جديداً وعليه العهدة أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشترياً بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى شخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد

نقد الثمن وهو يتحقق في النفس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قوله** ومن امر رجلان يشترى له عبد ين باعيا لهما ومن امر رجلان يشترى له عبد ين باعيا لهما ولم يسم لهما ثمنًا فشترى له أحدهما جازلان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء إلا في ما لا يتغابن استثناء من قوله جازاي جاز شراء أحدهما إلا في ما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رحمه الله يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهم سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمس مائة او اقل جاز وان اشترى بأكثر لم يلزم الأمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهم سواء وكل ما كان كذلك فيقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فنان امر اشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشترى الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الأمر اذا اشترى أحدهما باز يد من خمس مائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي بما بقي من الالف حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالتسوية كان ثابتا بطريق الدلالة فاذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه ينتقد بالمتعارف وهو في ما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشترى به الباقي لتحصيل غرض الأمر **قوله** ومن له على آخر الف درهم فامر ان يشترى بها عبدا معينا صح على الأمر ولزمه قبضه او مات قبله

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

عند المورلان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سند كره فكذا
 اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبد ابغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر
 فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر مات من مال الوكيل
 سند ابي حنيفة رحمه الله وقال هو لازم للآمر اذا قبضه المور وعلی هذا الخلاف اذا امره
 من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعتد به عقد
 الصرف صح بالاتفاق والافعلی الاختلاف وانما خصهما بالذکر لرفع ما عسى يتوهم
 ان التوكيل فيهما لا يجوز لا اشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعینان
 في المعاوضات دين كان او عينا الا يرى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
 العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر
 لان يد الوكيل كيد فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك، علی المساكين ولابي حنيفة رح
 انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك
 العين واستطاد الدين بطلت ونقل الناطقي عن الاصل ان الوكيل بالشري اذا قبض
 الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير
 الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل * والمسئلتان تدلان علی ان النقود
 في الوكالة تنعين بالتعيين لكن المذکور في الكتاب لا تفصيل بين ما قبل القبض وما بعده
 والاخرى تدل علی انها بعد القبض تنعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا
 علی قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تنعين في الوكالات
 ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي
 بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقتم الدراهم
 ثم اشترى الوكيل جارية بالالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير
 لا تتعینان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لان الوكالات وسبله الى الشراء فيعتبر

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

فيعتبر بنفس الشراء والدرهم والدنانير لا تتعنان في الشراء قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة الى الشراء * واما بعد التسليم الى الوكيل فهل تتعين اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقيت بقاء الوكالة ببقاء الدرهم المنقودة وهذا قول منهم بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقيت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل في ما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف رح نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بما نثني سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ رحمهم الله فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رح على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسألة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلك الدرهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة به بل انما قيد المصنف رح بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدرهم المسلمة اليه لانه يضمن الدرهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما **قوله** واذا تعينت هو تتمتع الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تملك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك ان يكون امره بصرف اي بدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادنى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قل اعط مالي عليك

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه
قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه
 فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البائع اولا وكيل عنه في القبض ثم يملكه وذلك
 ليس بتسليمك من غير من عليه ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين
 على آخر ينبغي ان يجوز جعله وكيل بالقبض او لا لكونه معيناً واجب بان عدم الجواز
 ههنا لكونه بيعاً بشرط وهو اداء الثمن على الغير * وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما
 على الامر بالتصرف ولم يذكره في الكتاب وقد صنف في سياق دليلهما وذلك ظاهر * وقوله
 واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء
 عبد غير معين لم يعلم بالعد غير صحيح نفذ الشراء على الامور فاذا هلك عنده هلك من ماله
 لكن اذا قبضه الامر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله **قوله**
 ومن دفع الى آخر الف رجل دفع الى آخر الف وامره ان يشتري بها جارية فاشترى بها
 فقال الامر اشترى بها بخمسائة وقال المامور اشترى بها بالف فالتقول للمامور ومراعاة
 اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر
 يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت التجارية تساوي
 خمسمائة فالتقول للامران الوكيل خالف الى شرح حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة
 والامر يتناول ما يساوي الف فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالتقول للامر
 اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شروان كانت قيمتها الف فمعنى قوله فالتقول
 للامر يتحالفان * ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان التجارية اذا كانت تساوي
 الف واجب ان تلزم الامر سواء قال المامور اشترى بها بالف او باقل منها لانه لما اشترى بها بالف
 كان موافقاً للامر وان اشترى بها باقل كان مخالفاً الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما
 في هذا اي في هذا الفصل يتزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع

وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور * وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **قوله** ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم له ثمنًا فاشتره ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندي واني رح لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأه لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم مايرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا * فان قيل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمد رح معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ان رفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرًا بقبي الخلاف والتحالف قال المصنف رحمه الله وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

* فصل في التوكيل بشراء نفس العبد *

لما كان شراء العبد نفسه من مولاة اعتا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل علي حدة * والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاة على وجهين ان يوكل العبد رجلا يشتريه من مولاة وهو المسئلة الاولى

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

وان بوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاة فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف رح يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكرا احدهما متروكا مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجلا **قوله** واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاة بالالف درهم ودفعها اليه فلا يخلوا ما ان يقول الرجل للمولى اشترية لنفسه اولم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للمعتق ببذل والمأمور صغير عنه حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا عقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بهما امكان وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة * فان قيل لانسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمة للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري وما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف رح ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببذل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل

بلا بدل وهذا بخلاف التوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشري العبد من مولاة حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لو فوع الشراء للموكل لان العقد بين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي في حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه ح وربما يتضرره والاخر معاوضة ومحضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف روح عسى بكاد فاستعمل استعماله * وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير * ووجهه ان توكله بشراء العبد كتوكله بشراءه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا * ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاة فلا يخلوا ما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للامر لان العبد يصلح وكلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاة حتى لو اقربها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشراؤها كتوكيله لغيره من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لو اراد المولى ان يحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يستقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للتوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امرا اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امرا اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام به كان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليتها لا تنفك فسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم **قوله** فاذا اضافه الى الامر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر صلح فعله امثالا للعبد اذا اضافه الى الامر صلح فعله امثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكيل بشيء وفعله * وقوله ففعل فهو الامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع الصغير فان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال مقدور والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف العقد الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن * وان اضاف الى

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في البيع)

الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة * فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جازله ان يشترى لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم * وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامثال وغيره فلا يجعل امثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع ممن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازة حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت في ما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واسار اليه بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم بالصواب

* فصل في البيع *

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تاخير البيع **قوله** والتوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقيد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمثل القيمة وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة * ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغير تفسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة جائز عندهما باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة رح في رواية الوكالة والبيع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز * اذا عُرِفَ هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جائزتهما **قوله** لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلا فانه كان المقتضي موجودا والمنايع منتفيا لان المنايع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطى جارية نفسه ولولم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطئها ولا يحل له وطئ جارية ابيه والمنايع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنايع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المنايع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفه كان مستريدا مستقصا قابضا مسلما مخصصا مخصصا في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابله بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعانه ولا تزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولا يبي حنيفة رح القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنايع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قبل ما الفرق لابي حنيفة رح في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهوره حكم التوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد

فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز
 ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة واصرف على هذا الخلاف
 وانما خصهما بالذکر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عربي عنها
 غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو في ما سواهما كذا
 قيل **قوله** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض والوكيل بالبيع يجوز
 ان يبيع بثمان قليل وكثير ويعرض عند ابي حنيفة ربح قال لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود
 لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتقيد بمواقفها
 والمتعارف البيع بثمان المثل والنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء النعم بايام البرد والجمد
 بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالا ضحية
 بايام النحر وقبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم
 الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ولهذا حصل من المريض
 كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
 لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة
 في الملك شراء فلا يتناول مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولا يبي حنيفة ربح
 القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع
 التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع **قوله** والبيع بالغبن تنزل في الجواب يعني سلمنا
 ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة
 الى الثمن لتجارة رابحة او غيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقله الثمن وكثرته
 فكان العرف مشترك لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت
 ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او تظهر مكابرتة والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف ربح
 على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة ربح فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع بحث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحماً قديداً حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الأمر واجيب بأن التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه * فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك * واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً اما حقيقة فظاهر واما عرفاً فيقال يبيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعاً من كل وجه يملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطابقاً بل متقيد بشرط النظر ولا نظرية ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكلما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه * ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلاً به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلاً اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق انظر يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان بيعاً من كل وجه وشراء من كل وجه فيما ذارجم ابو حنيفة ربح جانب البيع * وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلاً بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان مقابله من العررض من له في القيمة او باقل منه يسيراً كما روى الحسن عن

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

عن أبي حنيفة رح وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجم جانبه ويجوز له ان يبيع بما عزوهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقبل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة بحمد المتصدي لتطبيقه ان شاء الله تعالى **قوله** والوكيل بالشراء يجوز عقده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقها وقد وجدت خاسرا الحق به غيره على ما مر حتى لو كان وكلا بشراء شيء بعينه قالوا ينبغي على الامر لا انتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشائخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه بطاق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد في ما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالخمس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذا بداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعدة سوق الكلام في العروض دة نيم وفي الحيوانات دة يازده وفي العقارات دة دوازة فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقله التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقله وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء - فصل في البيع)

محترمة فجعل اضلا والمد رهم مال يحبس لاجله فقد لا ينسأ مع به في المما كسة
 فلم يعتبر في ما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك
 بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر
 ضعف ضعفه **قوله** واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبده فباع
 نصفه جاز عند ابي حنيفة ر ح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري
 على اطلاقه واستوضح بقوله الا يرى انه لو باع الكل بثلث النصف جاز عنده فاذا باع
 النصف به اولى وقال لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف
 غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع
 النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق
 فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهرا نه لم يقع وسيلة
 فلا يجوز وهذا استحسان عند هما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
 بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لا يبين حجة ر ح ان التهمة
 في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر
 في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك ببيع العبد كله او نصفه واما الامر
 بالشراء فانه يصادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقيد والاطلاق اي اطلاق الامر وتقييده
 فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة واقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي
 ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء
 يصادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث
 حكيم بن حزام فان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل
 فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر
 الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو

كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع

ولو بوجه **اولى قوله** ومن امر رجلا يبيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن ولم يقبض فردة المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا او بالقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشبه تاريخه فيحتاج اليها الظهورة وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعدم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده بينة او بآباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعده العيب عن علمه باعتباره عدم ممارسته المبيع فيلزم الامر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه بينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعدم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث التصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبلد لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امره وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق

(كتاب الوكالة — باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

ثالث حيث فسح واسترد برضا من غير قضاء والبايع أي الموكل ثالثهما وإن كان الثاني والرد باقراة لزوم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلاعين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لورعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك فكان ذلك ردا على الموكل وفي مائة الروايات انه لا يلزم الامر وليس للما مور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث * وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الغائب ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذ كر صورة الرد بالينة والكنول لعدم تاتيها لدى عدم القضاء **قوله** ومن قال لا خرا مرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الامر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الامر ترك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسئته وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تنل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت اليّ المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بهما فيه فنزلت الى الوكالة المحضة وفيها القول للامر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقد او نسئته الى اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او غير

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة ربح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسألة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبدة فباعه واخذ بالثمن رهنه فاضاع في يده واخذه كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ الوكيل كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا * وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة للجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا انهاء عن القبض صح نهيه وقد استنباه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالته لانيابة واهذا لا يملك الموكل حجرة عن القبض *

* فصل في وكالة الاثنين *

وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر وطبعاً ووضعاً **قوله** واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلاهما كان لكل واحد منهما ان يتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لاحدهما ان يتصرف في ما وكل به دون الآخر سواء كان ممن يلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجوران كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكمابيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احد هما ولومات احدهما وذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف **قوله** والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

ان يتصرف احد هما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتل ان يزيد الثمن ويختار من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف في ما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده في ما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود هو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المشي والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأمور بقبض شيء منه **قوله** وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا يرى انه تملك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تسليمك صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قبل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الا بطلان ضمنني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الا بطلان مع قدرتهما على الاجتماع **قوله** ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطبيق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئنا فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايد يكما مفوضا الى رأيهما اجيب بانه ليس بمحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قوله** وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به لانه فوض الىه التصرف في ما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والاملاجاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول * وايضا الرضى برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا وقوية في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لائمه من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح مناقض لظنه فلا يجوز **قوله** الا ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكبلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخاف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكرتم فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضوره جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والبراءة * فصل)

فما الفرق بينهما وأجيب بان صاحب الذخيرة قال قال محمد ر ح في الجامع الصغير
الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اذارة الوكيل الاول وهكذا ذكره
في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اذارته قال اذا باع الوكيل
الثاني والوكيل الاول جاز او غائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان
يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكره مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة
الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة
المشائخ * وهذا لان توكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني
فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البته ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه
هدم الجواز بدونها ما ذكره ووجه الجواز ان المقصود حضور الراي وهو حاصل عند الحضور
فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظرا ما في ما نقل
من محمد ر ح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك
نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط
واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر كما ذكرناه وتوجيه كونه
فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه ما مور من الموكل في الجملة
بخلاف وكيل الوكيل * ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل
عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين * والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان
يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضالا محالة واما احد الوكيلين فليس
كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن
صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم **قوله** وقد تكلموا في حقوقه يعني اذا باع
بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد ر ح في الجامع الصغير
وتكلم المشائخ في ذلك * فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

عليه لا الثاني * ومنهم من قال على الثاني اذا السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ان عزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لغوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكما لو باع غير الوكيل فبلغه فجاز له لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله تعالى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر بمبايع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازاً عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهران غرضه اجتماع رأييهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المتصور من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الا هدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بناية الآخر عنه في مجرد العبارة **قوله** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او بالشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرتوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

(كتاب الوكالة باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا وَلِهَذَا لَأَقْبِلَ شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية وهي تحتاج إلى قدرة وشفقة ليحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المرتد إذا قتل على ردة والحربي كذلك لأن الحربي بعد من الذمي وأن كان مستأمنًا لأن الذمي صار من دارا وأن لم يصرمنا دينًا وقد تحقق منه ما هو خلاف عن الإسلام دون الحربي فإذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى وأما المرتد فتصرفه في ماله وأن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده وماله ولده بالاجماع أن أسلم جازوا فلا لأنها ولاية نظرية وذلك أي الولاية النظرية بتأويل المذكور وأبان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف فإن قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وإن أسلم جيل كان له أن يزل كان مسلما فصحت ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وأن كانت المسئلة بالاتفاق *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاءه ممن هو في ذمته وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أو لأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور **قوله** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض أي بقبض الدين أو العين خلافا لفرقة رحمه الله هو يقول أنه رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لأن الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي * ولنا أن الوكيل مادام وكيلًا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والأفلاس وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب

واجب ومشاخ بلخ افتوا بقول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة امانا فهو ظاهر وما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه ائفى الصدر الشهيد رح وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في اصل معناه وضع ايقال تقاضيته ديني او بديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقني اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامع لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتمعا على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتمعا عليهما غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذنب لمهايته **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون وكيل بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقال لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيل بها ولان التوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضا بها ولا يبي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

اذا الوكيل يقبض مثل مال الموكل لاعين ماله ثم يتقاصان والوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء **قوله** وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة رحمه الله وان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قوله** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبده فاقام من بيده العبد بينه ان الموكل باعه اياه رفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لاعلى خصم وفي الاستحسان وفي الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في تصريده فيقتصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة فصا ركما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فانها تقبل في تصريده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والامة والعبد على العتاق او من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لاعلى الخصم وفي الاستحسان تقبل في تصريده الوكيل دون القضاء بالطلاق

بالطلاق والعرق والرهن لانها تنضمن الطلاق والعناق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهوانبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصريده وليس من ضرورة قصريده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره **قوله** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقربا سببها الحق او المدعى عليه فاقربا بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جازوا الا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي يخرج من الوكالة فلا يدفع اليه مال * ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف ربح جازا قراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول ابي يوسف ربح او لا لا يجوز في الوجهين جميعا * والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف ربح واما شمول عدم كما هو مذهبهم * والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان * وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مأمور بالمازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع * وفيه نظر لانه لو لم يتناول له لما صح الاستثناء **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافة لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلف في ذنوب صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه * وذلك اي ما يملكه

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لنظر الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سياتي تحريا للصحة قطعا **قوله** ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر رح ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ونحن سلمنا صحته كما قال محمد رح لكنه انما صح لتخصيصه على الاستثناء وللتخصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لا مرا المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحتمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد رح انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية ابي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعي عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا تقيد استثناء الاقرار فائدة ولتأمل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعي عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا عليه في الجملة فام يكن استثناء مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناء مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان اضاءها الى الصلح او الابراء لم يكن اشد من اضاءها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة * والاولى ان

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والتبض*)

ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابرء فلا يتناول اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجاز **قوله** فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف ر ح في التسوية بين مجلس القاضي وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل واقاراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والافتراء لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذا اقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزا للتضاد وهو مجاز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا ولان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف * واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان ارفى تادية المقصود **قوله** لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اثر عند غير القاضي يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار منافضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدة على صاحبه

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والقبض*)

وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعى المال فافترارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا
من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه
فكذلك ههنا **قوله** ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك ابدأ أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها
اما بعد البراءة فلانها لم يصح حال التوكيل لما يذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل للغائب
فاجازها بعد ما بلغته فانه لا يجوز لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة
واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملاً
لنفسه في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتمل عليه فانه لا يصير
وكيلاً لما قلنا ونقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملاً
في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستنداً الى ما ذكره شيخ الاسلام
ان المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه
لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعتراض بان العدل
لنفسه ضمني لكون الموكل اصيلاً في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب
بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلينسجها الوكالة
لظريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير
الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب
ان النسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله فالوكالة دون الكفالة لان الكفالة
عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة
وان جاز عكسه **قوله** ولان قبول قوله دليل آخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه اميناً
ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئاً نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء
الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة في

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

في ما نحن فيه بطلانها في عبد ماذون مديون اعتقه مولاة حتى ضمن للغرماء قيمته ويطلب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وهم لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقداره عاملا لنفسه لانه يبرأ به نفسه فيكون باطلا **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقتضي بامثالها فماداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب وصدقه فيها والادفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذ لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فلان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محقق في القبض والمحقق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذ لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلك فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه بما قبضه **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله ارجع عليك بما دفعت اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ الطالب

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

منك ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في حقهما في ما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضامن صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب له عليه اي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاءه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاولىين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهرا لعدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا لالحال فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رجح ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا قال الخصاص لا يحلف على قول ابي حنيفة رجح

رح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكن على العلم لانه على فعل الغير * وله ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة ومالم يثبت نيابته من الامر لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكروا اذا اقر بالوكالة وانكره الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلا فالحما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يوصر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقرار ببقاء الوديعة على ملك المودع والاترار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع او لا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رح نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوب اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل وكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا منسوب اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرا به الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفق على انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يوصر بالدفع اليه لان المودع مادام حيا كان

(كتاب الوكالة -- * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

اقرار المودع اقرار اربللك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق ان في دعوى البيع والتقال
ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث وكان ذكرهما تذكرا او يمكن ان يجاب
عنه بان ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وهما باعتبار الدعوى ولهذا صدر ههنا بقوله ولو ادعى
وهناك بقوله ومن اقر * ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة
والقبض بعيد المناسبة **قوله** فان وكل وكيل لا يقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد بن
يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيل ابذاك المال
واقام الوكيل البيعة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال
ثم اتبع رب الدين فاستحلفه قال المصنف رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبيعة لان وضع
المسئلة كذلك والاستيلاء لم يثبت بمجرد عوادة فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين
ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية كجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع
القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان
وقال زفر ررح احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجة لان الوكيل
لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على
الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف
الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين
بالا صالة **قوله** وان وكله بعيب في جارية اذا وكل ببرد جارية بعيب فادعى البائع رضى
المشتري بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين
لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه المشتري اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل
واما ههنا فغير ممكن لان العقد يفسخ بالقضاء والفسخ ما مضى على الصحة
عند ابي حنيفة ررح لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء بالنكول
وعلى هذا لا يحلف المشتري عند ذلك لانه لما قضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق

لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للامر على الجارية * سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجب دليل وانما كان للجهل بالدليل المستطرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وئمه نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحدد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التأخير الى تحليف رب الدين انما كان ليكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطاء وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهر الا باطنا فان ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينظر للنظر له اذا كان غائبا **قوله** ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي انفق من ماله بمقابلة العشرة الذي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا في ما انفق * قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكومية وهذا

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

اي مانحن فيه من التوكيل بالاتفاق كذلك لان التوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه وكان في التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا في ما اتفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الاتفاق بطلت الوكالة فاذا اتفق من مال نفسه فقد اتفق بغير مرة فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفايو وكل بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الاتفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالاتفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فنان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا

* باب عزل الوكيل *

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا * وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يردّها لم يصح في غيبة الطالب لان التوكيل يثبت له حق احضاره في مجلس الحاكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف رح لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه **قوله** وصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن مالم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به اولا ولو كانا متشا بهين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدارجوازل العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرة ما تقدم فكان جائزا واما في مسألة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين * احدهما من حيث ابطال ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له في ما ادعاه لابطال ولايته وضرر بالتكذيب ظاهر لا محالة * والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه يتقدم من مال الموكل ان كان وكيله بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيله بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعاله بعد العزل فيضمنه فيتضرره والوكيل بالكساح وغيره سيئان للموجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعداد **قوله** وتبطل الوكالة بموت الموكل تد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضا احد ومنهما مالا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذا للزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد في ذلك من قيام الامر فكذا في ما هو بمنزلة وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كمالم تعتقد منهم ابتداء ونقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع للزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفي ما اذا جعل امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف راجع عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرطا لاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف روى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة راجع اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد رحمه الله وقال محمد راجع آخر احوال كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشائخ رحمهم الله الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة راجع لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على رده او يحكم بلحاظه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السبراي كون تصرف المرتد موقوفا

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

موقوفاً أو نافذاً في باب أحكام المرتدين وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقبل ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل أي بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لو وكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلًا إلا بالتجديد **قوله** وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم * وإذا وكل أحد الشريكين ثالث بشيء مما لم يله بنفسه فافتراق ذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة وكذا إذا وكل أحد المتنازعين وكيلًا بشيء هو وليه ثم افتراقا قسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلًا من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط وقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفرق والجواب أن أحد المتنازعين إذا وكل في ما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكاً فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيهما كتوكيلهما فيبقى في حقهما وإذا وكل في ما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلًا لبيع شيء من شركتهما جاز عليه

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

وعلى صاحبه استحضار أن كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف ر ح ساكت عن التنصيص في المسئلتين جميعاً كما ترى وفيه ما فيه * وقد أول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما إذا افترا باطلت الشركة المتضمنة لهما فبطل ما كانت في ضمنه هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير * على أنه مخالف للعبارة الكتاب **قوله** وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقاً لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف إلى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأموراً به لم يبق صحيحاً وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن له وأمه حكم الابتداء وإن لحق بدار الحرب عرته لم يجز له أن يتصرف في ما وكل به إلا أن يعود مسلماً قال المصنف ر ح هذا عند محمد ر ح وأما عند أبي يوسف ر ح فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلماً لمحمد ر ح أن التوكيل اطلاقاً لأنه رفع المانع ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع وأما أن يحدث فيه اهلية ولاية فليس كذلك فإنه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وأما عجز الوكيل عن التصرف بعراض المحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز والاطلاق باق عادوكيلاً وهذا ينزع إلى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف ر ح أنه أثبت ولاية التنفيذ ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فإن الوكيل يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة ولاية التنفيذ بالملك أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك بالحق لأنه الحق به بالأموات فصارت كسائر أملاكه وإذا بطل الملك بطل

بطلت الولاية واذا بطل الولاية بطل التوكيل لئلا يتخاف العلة عن المعلوم واذا بطلت
 فلا تعود كملكه في المدبر وام الولد وشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة في ما اذا
 قضى القاضي بحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عند هم جميعا *
 بقي الدلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه
 وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل
 التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله
 وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل
 مسلما بعد انقضاء بلحاظه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد ر ح
 انها تعود كما قال في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه
 وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه
 الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له
 على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده والقضاء بلحاظه
 وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحق وابيوسف ر ح سوى في عدم
 العود بين العاصين والاصل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل
 كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جرد ذكرها في هذا الموضع **قوله** ومن وكل آخر بشيء
 ثم تصرف فيه بنفسه في ما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات
 ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعناق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه
 بطلت كذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل
 ان يزوجه منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجه
 لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه
 المأمور للأمور لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت

(كتاب الدعوى)

عدتها بطلت ولم يكن للامور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا وواحدة وانقضت
عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او اثنتين بائنة كانت او رجعية فان له
ان يطلقها مادامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان
وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخلعها **قوله** لانه لما تصرف بنفسه تعدر على الوكيل
التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكره ومبناه لنقض الحاجة وكذا ان وكله ببيع
عبده نباحه بنفسه بطلت فلورده عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف رجا انه ليس للوكيل
ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقراءه قضاء قاض لان
الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع
لانه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل
اشتراه ابتداء وقال محمد رجا له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو
باق والامتناع كان بعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع
لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم
الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه
كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

* كتاب الدعوى *

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة * وهي في اللغة عبارة
عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق
في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به
اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى به
وكونه ملزما على الخصم * فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا
لعدم امكان القضاء * وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لا يمكن عزله في

في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات * وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها * وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة قوله المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة أي الدعوى لا تنصل إلا من مدع على مدعي عليه فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما تبني عليه مسائل الدعوى ثان النبي عليه الصلوة والسلام قال البيته على المدعي واليمين على من أنكر فلا بد من معرفته لقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الاستحجة يعني البيته والقرار كالأخارج والمدعي عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذبي اليد وهو ليس بعام أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لأن المدعي عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يتمسك بغير ظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطلا لينزل به ظاهرا والمدعي عليه من ادعى ظاهرا وقرار الشيء على هيئته والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبرائة الذمم فالمدعي هو من يريد إزالة الظاهر والمدعي عليه من يريد قراره على ما كان عليه * ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعي عليه وليس يتمسك بالظاهر إذ رد الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد ربح في الأصل المدعي عليه هو المنكرو وهذا صحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من أنكر وروي اليمين على المدعي عليه لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الاحتراق من أصحابنا

(كتاب الدعوى)

يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحد لهما على الاخرى يكون بالفقه
اي يكون باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي
الرد صورة بلواقام على ذلك بينت قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعي عليه
فاذا اقام البينة اعتبر الصورة و اذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول
قول المنكر مع يمينه **قوله** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه و قدرة
وقد ذكرنا ان معلومية المدعي به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان
جنسه كالدرهم والدنانير والخططة وغير ذلك و قدرة مثل كذا كذا درهم او دينار او
او كرا لان فائدة الدعوى الالتزام باقامة الحجة والالتزام في المجهول غير متحقق
فان كان المدعي به عينا في يد المدعي عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها
في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرعا نفيا للجهالة وذلك
في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه
بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم
وقال لي على فلان كذا درهم امثلا شخص اليد لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم
فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم وعلى هذا القضاة من اولهم
الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى **وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ**
إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ الى قوله **بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** سماهم ظالمين لا عراضهم
عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه
احضار المدعي به لما نلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكراه وعجز المدعي
عن اقامة البينة وسند كراهي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب **قوله** وان لم تكن
حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي
ذكر قيمتها ليصير المدعي به معلوما ذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان

وأن بولغ فيه لا مكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيد أو قوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالبة من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف يعني والحال أن المشاهدة تعذرت وأغلق تركيبه لا يخفى وقال العقبة أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذاكرة والاثبات بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بمالك المستهلك عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته فلولم تكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الذاكرة والذاكرة * ومن المشائخ رحم من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكر الذاكرة والاثبات **قوله** فإذا ادعى عقارا حدة إذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلثة أشياء تحديده وذكر المدعى أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به أما الأول فلا علام باقصى ما يمكن فيه وذلك إنما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدة لأنه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحد ودونسابهم إلا إذا كان معروفا مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى وحمهما اللذان يستغنى عن ذكرها ولا بد من ذكر الحد لأن تمام التعريف به عند أبى حنيفة رحمه على ما عرف هو الصحيح فإن ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لفرج لوجود الأكثر من هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما إذا غلط في الحد الرابع وأنت في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به أي بالغلط في الحد المدعى به ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وترك ذكر الثمن جاز ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادة تهم لأنه صار عقدا أخبر بالغلط وبهذا الجواب يطل قياس زفرج

الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى بشرط في الشهادة وأما الثاني فلا بد منه
لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعى وتصديق
المدعى عليه أنه في يده بل لا يثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده
حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد
من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفيًا لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في يد غيرهما
وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم
القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف
في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول
فإن اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح
لأنه يراد إلى تدبير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتل أن يكون
مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات وعن هذا أي
بسبب هذا الاحتمال قال المشائخ رحمهم الله في المنقول يجب أن يقول وهو في يده
بغير حق لأن العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وإن كان المدعى به حقا
في الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا
لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال
ذهباً أو فضة فإن كان مضمراً يقول كذا كذا ديناراً أو درهماً جيداً أو رديئاً أو وسطاً إذا
كان في البلد نقود مختلفة أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك وفي الجملة
لا بد في كل جنس الأعلام بأقصى ما يمكن به التعريف **قوله** وإذا صحت الدعوى
إذا صحت الدعوى بشرطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم
فإنه على وجهين إما أن يكون أمراً بالخروج عما لزمه بالحجة أو بصير ما هو بغيره أن

ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان يخرج عما اقرب به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقرب به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع * وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضة ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مستقلا احتمال الكذب فيها ناذن لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به يأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل عليه السلام ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها عليه لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استخلفه عليها ما روينا يريد به قوله عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلب الاستخلاف لان اليمين حقة الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه * قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استخلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالتقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعي عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا * ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالتزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قد منا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا قامت البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر *

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

* باب اليمين *

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين
يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قوله** واذا قال المدعي
لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصرو طلب يمين خصمه لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولا يبي حنيفة رح ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال
لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد رح مع ابي يوسف رح في ما
ذكره الخصاص ومع ابي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي
لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر
والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل جنس
الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس
شيء استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رح ربياتي **قوله** ولا تقبل بينة صاحب
اليد في الملك المطلق لانه مدعي عليه وليس عليه البينة لما روينا * وتيد بالملك المطلق احترازا
عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعى تلقى الملك من واحد واحد هما قابض
وبما اذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ احدهما سبق فان في هذه الصورة تقبل بينة
ذى اليد بالاجماع فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعي عليه
قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعاه من الزيادة والنتاج والقبض وسبق التاريخ فهو
من تلك الجهة مدعي والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه
اذا كان مدعي عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا

وههنا لم يعجزوا ذاتعارضت بينة الخارج وذى اليد فى الملك المطلق فبينه الخارج أولى لعدم
 ريادة تصير بها ذواليد مدعى وقال الشافعى رح يقضى بينة ذى اليد لأنها اعتضدت باليد
 والمعتضد أقوى فصار كما اذا اقامها على نتاج دابة وهي فى يد احدهما و اقامها على
 نكاح ولا حدهما يد فانه يقضى لذى اليد وصار كدعوى الملك مع الاعناق بان يكون عبد
 فى يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذواليد البينة انه اعتقه وهو يملكه
 فبينه ذواليد أولى من بينه الخارج على العتق وكذلك فى دعوى الاستيلاد والتدبير
 قلنا ان بينه الخارج اكثر اثباتا يعنى فى علم القاضى واظهارا يعنى فى الواقع فان بينته
 تظهر ما كان ثابتا فى الواقع لان قدر ما اثبتته اليد لا يثبت بينه ذى اليد لان اليد دليل مطلق
 الملك فبينته لا يثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينه الخارج فانها تثبت الملك وتظهره
 وما هو اكثر اثباتا فى البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينه الخارج
 تزيل ما ثبت باليد من الملك فبينه ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب
 بانها ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها
 كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته
 مشبهة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد
 لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات
 فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينه الخارج أولى لكونها اكثر اثباتا
 لانها تثبت اليد والنتاج وبينه ذى اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينه النتاج لا توجب
 الاولية للملك وهما تساويا فى ذلك وترجح ذواليد باليد فيقضى له **قوله** وكذا على الاعناق واختيه
 اى اليد لا تدل على الاعناق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينه الخارج وذى اليد
 ثم ترجح بينه ذى اليد **قوله** وعلى الولاء الثابت بها اى بالاعناق والاستيلاد والتدبير
 معناه ان البينتين فى الاعناق واختيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما

وهما قد استويا في ذلك وترجع صاحب اليد بحكم يده **قوله** وإذا نكل المدعى عليه
 عن اليمين وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه
 عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به عليه بل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به
 وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
 والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك فلا ينتصب حجة بخلاف يمين
 المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول
 بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقران كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لو لا ذلك
 لا قدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب لانها واجبة عليه بقوله عليه السلام واليمين
 على من انكر وكلمة على للوجوب ودفع للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب
 كونه باذلا ان ترفع او مقران ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض
 الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان
 الله تعالى قال **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**
 فالقضاء بالنكول مخالفة وقال عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر
 النكول واليمين في جانب المدعي عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فينكوله صار الظاهر
 شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا ابدأ في اللعان بالايمان من جانب
 الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب
 والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذکر لا يدل
 على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جواز فانه روي اجماع الصحابة رضي الله عنهم
 على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه
 فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال له
 ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي رضي الله عنه

عنه قالون وهو بلغه اهل الروم اصبحت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا
 شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين
 فيها غير مقصود فلا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال
 من القاضي لينكشف الحال لإرد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قد منا في قوله ولا يرد
 اليمين على المدعي **قوله** وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول
 للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما
 ادعاه وهذا الاذار لعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان
 يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قوله لكونه مجتهدا فيه فان المشافعي رح
 خلافا فيه لما مر غير مرة * ثم العرض ثلاث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول
 بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار
 بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاغدار فصار
 كامهال المرتد ثلاثة ايام فانه اولى وان قتل بغير اثمها لجاز لان الكفر مبني وقوله هو الصحيح
 احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط
 فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا
 وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك
 ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قوله** واذا كانت الدعوى
 نكاحا اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق
 وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الابلاء
 انه فاء البها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول
 ذلك او اخنصا على هذا الوجه في ولاء العتاقة والمواليات او ادعى على رجل انه
 ولده او والدته او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا تتحقق الا من جانب الامة

(كتاب الدعوى — باب اليمين *)

لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت
 المرأة على زوجها انه قد فيها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد
 وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة رح وقال لا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود
 واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قد منا يعني
 قوله اذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفع للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل
 الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وبقاء ماله
 على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه القوائد الثلث والاقرار يجري في هذه الاشياء
 فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة في ما لا يندرى
 بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا * وعليه نقوض
 اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي
 ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه
 ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرار الزمه النصف
 الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه
 هيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرار الزم الوكيل الثالث ما ذكره
 في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك بـ فلان فادعى المكفول له على
 فلان ما لا فانكرو نكل عن اليمين ف قضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
 النكول اقرار القضى به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار
 ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك
 بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا
 عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا يرد
 على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ولا يبي حنيفة رح ان

ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المتصور به لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يوذيني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك لا يصح * وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادعى بتضاء كماله صالح عن انكاره واستحق بدل الصالح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالتصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يعمل فيها * والجواب عن الاول ان بدل الصالح واجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بيا في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوائث وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجب بل هو موجب قطعاً للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل مغيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا لنحو ان يقول اقطع يدي وبها آكله لم يأنم بقطعها وفي ما نحن فيه النكول مفيد لان يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة رخ ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

بالرأي وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلوة لغوات المنصود **قوله** وفائدة الاستحلاف يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففادت فائدة الاستحلاف لأن فائده القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله إلا أن هذا بذل جواب سؤال مقدرتة لو كان بذلا لم ملكه المكاتب والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بدله من التجارة وبذلها بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال أنه لو كان بذلا لما جرى في الدين لأنه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك أن البذل في الدين أن لم يصح فاما أن يكون من جهة انقباض أو من جهة الدافع فإن كان الأول فلا مانع ثم لأنه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وإن كان الثاني فالمراد به هنا أي في الدين ترك المنع وجزأه أن يترك المنع فإن قيل فهل جعل في الأشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بأن أمر المال حين تجري فيه الإباحة بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لا تجري فيها الإباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك * وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى **قوله** ويستحلف السارق إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجواز أن يثبت بالنكول وعن محمد رحمه الله أنه قال القاضي يقول للمدعي ما ذا تريد فإن قال أريد القطع يقول له القاضي الحد ولا يستحلف فيها فليس لك يمين وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف رحمه الله فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله يريد به النكول شيئا أن الضمان أو يعمل النكول فيه والتطعم وهو لا يثبت به

به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان يريد بذلك اشتغال الحججة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استخلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستخلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل مهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملقط فادعت اخوته حرة تريد قصريده الملتقط بحق حضانتها وارادت استخلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب * وكذا اذا اوهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستخلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة **قوله** لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستخلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراة كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن لان في دعويهما الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوجة فان دعويهما يصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستخلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار **قوله** ومن ادعى قصاصا على

ضمه فمجدده ومن ادعى قصاصا على غيره فمجدد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه
 بالاحصاء سواء كانت الدعوى في النفس او في ماله ونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه
 في ماله ونفسه القصاص وفي النفس يحبس حتى يقرأ او يحلف عندا بيمينه رح
 وقال لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب
 به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطأ
 والواي يدعي العمد وفي مانحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطأ
 واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين
 او الشهادة على الشهادة فانه لا يقتضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاء
 ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء ولا تناوت في هذا المعنى بين النفس وماله فان قيل
 من ابن وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل
 وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة
 اصل وينتدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص
 ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهوان يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل
 بسلا مة نفسه والمقتول بصيانته عنه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها
 بالخطأ ولا بني حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية
 للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا يرى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان
 واما ذلك الامن حيث اعمال البذل بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه
 لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف
 يسلك فيها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير ان اقال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله
 اذا قال خذ مالي اجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا لكان قطع
 للاكله وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله ومانحن فيه من البذل اي الذي بالنكول مفيد

مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين * احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول * والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم محتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان رفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي النفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرروا او يحلفوا **قوله** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصير فاما ان يكون المدعي عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل لما عطفه كفيلا عن نفسه ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمة اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكيل فهو استحسان والقياس ياباه قبل اقامة الحججة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعي عليه بديسر فيتحمل كالاعداد والتحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن الشيخين فيخرج من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد بن ح انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يوخذ وكذا اذا كان المدعي به حقير لا يخفي المرأ نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فلما يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب

(كتاب الدعوى — * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر طعنه عن السفر وكيفية الملازمة سند ذكرها في كتاب الحجر

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليدروا كلامه فيه ظاهر **قوله** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم اعجمي روي انه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال انشدك ابي احلفك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضرة وهو مدفوع وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم **قوله** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجمدة هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب * والضابطة في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على

على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه
 الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله
 ما بعث ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فمخ يُلزم القاضي الاستحلاف
 على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل
 ينظر اليمن انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف
 على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى
 يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد
 وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا
 فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد والحقاق وعليها بالردة والحقاق واذا ادعت المبتوتة
 النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب
 لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعى فان قيل بالحلف
 على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت
 عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعى اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي
 لا يجد بدا من الحق الضرر باحدهما والمدعى يدعي ما هو اصل لان الشرى اذا ثبت
 ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم
 الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما
 على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح قائم
 او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند
 أبي يوسف رحمه يحلف على السبب **قوله** ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلاف
 على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبنات * والضابطة
 في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت

(كتاب الدعوى — * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

على فعل المدعى عليه كان على البتات ونقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق وما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات و القبض فعل الغير وبالكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقران الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير * وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع بتسليم المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض * واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بصانع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذا اشترى سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا فائدة عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى به او اقل جاز وهو ما نثر عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى عن يمينه ولم يحلف فقيل الاتحلاف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاها اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان رضي الله عنهما

عنهما انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله * فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه يقول * ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظة الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه استقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجوز كان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم بالصواب

* باب التحالف *

رأى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد لينااسب الوضع الطبع واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين واعترف البائع بان المبيع كرم من الحنطة وقال المشتري هو كرم فمن اقام البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعنك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعنك وهذه معها بخمسين دينارواقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقبل هذا قول ابي حنيفة رح آخر او كان يقول اولاهو قول زفر رح يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً * وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعنك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينارواقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع

فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهذا بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضي
بالثمن الذي بدعيه البائع والافسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والافسخنا البيع لان المتصور قطع المنازعة وهذا جهه فيه لا بد ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علمما بدعوى ارضيان فان لم يتراضيا استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر
وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما تقدم البائع ينكره فكل منهما منكر والبين
على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها
فكان القياس الاكتفاء بحالده لكانا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراوا فاقا تل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور
فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان كذلك لعموم المشهور او بتعارضه ولا ترجيح
ويبدأ يمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف رحمهما الله آخره ورواية عن ابي حنيفة رح
وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف رح انه يبدأ يمين البائع لان المشتري اشد هما
انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار
دون شدته واجله اراد بالشدّة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي
يترتب عليه اولان فائدة النكول يتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدأ يمين البائع
فاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا
يبدأ يمين البائع وذكر في المنتقى و ابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول زفر رح لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال
انه عليه السلام خصه بالذكر وان فل فائدة التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك
يقضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكفي بها فلا تل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفا

أوصرفا يبدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما **قوله** وصفة اليمين ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالغين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين وقد اشتراه بالف بضم. الاثبات إلى النفي تأكيد أو الأصح الاقتصار على النفي لأن الايمان وضعت للنفي كالبيانات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد وإن حللنا فسخ القاضي البيع بينهما إذا طلبا أو طلب أحدهما لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لأنه لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البديل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فلما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطىء التجارية إذا كانت المبيعة وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا لصحة البذل في الأعواض وإذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فأنزل القول بثبوته لعدم المعارض **قوله** وإذا اختلف في الأجل وإذا اختلف في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع * وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان لأن الأجل جار مجرى الوصف فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا أن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف في ما يتم به العقد والأجل وراء ذلك كشرط الخيار في أن العقد بعد مهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يالحق به فصار كالاختلاف في الخط والبراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدرهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بائعاً لا يخل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً * ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكر كونه مفروغاً عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى * واذا اتفقا في الاجل واختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قوله** فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابن حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تنصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل النقلى فهو قوله عليه السلام اذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متأب ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلى فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامهما يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احد هما العقد بالدرهم والاخر بالدينار فالتحالف ولزم المشتري رد القيمة ولا يبي حنيفة وابي

وأي يوسف رحمه الله أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر
 جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فسادا للوضع * أما الأول فلأن
 قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشتري
 خاصة لأنه المكسب في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام
 والسلعة قائدة ولا معنى لما قيل أنه مذکور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود
 بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى * على أنه أما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا
 على سبيل الشرط * وأما الثاني فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم
 للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام الساعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيرة
 فإن قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أي في حال القيام بفضي
 إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برذرأس ماله بعينه إليه ولا كذلك
 بعد هلاكها لا يرى أنه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك التحالف فليس في معناه
 فبطل الإلحاق بالدلالة أيضا **قوله** ولأنه لا يما لي جواب عن قولهما أن كل واحد منهما
 يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن
 لا يضرننا في مانحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا افضى إلى التناكر وههنا ليس
 كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بتبضه وقد تم بهلاكه وأيسر
 يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا
 ببيع أو هبة فإن في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لا اختلاف السبب وأجيب
 عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور
 في بعض الكتب قول محمد بن ح وقوله وإنما يراعي جواب عن قولهما وأنه يفيد زيادة
 دفع الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم
 ليس منها فإنه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف

(كتاب الدعوى — *باب التحالف*)

ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك
المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس
من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف
اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة
الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما
يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة التسخ وهو التراد ثم يرد مثل
الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن **قوله** فان هلك احد العبدین ثم اختلفا واذا باع
الرجل عبدین صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال
البائع بعتهما منك بالف درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا
عند ابي حنيفة رح الا ان يرضي البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول
قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي وحده
ولا شيء له واختلف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى * واختلف المشايخ رحمهم الله
في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان يأخذ الحي وحده ولا شيء له وفي مصرف
الاستثناء في الروايتين جميعا * قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه
لم يكن و صار الثمن كله بمقابلته التائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه
المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك
فيتحالفان * والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي وحده ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن
الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم * وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري
مع يمينه الا ان يرضي البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا
على ما اقربه المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري * وكلام المصنف رح يشير الى

الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل
 بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام
 انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيتهما * قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك
 من ثمن المبت شيئا مما اقربه المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف رح
 يتحالفان في الشيء فيفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله
 في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سياتي وقال محمد رح
 يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
 لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محجوج الى
 معرفة القيمة بالحرز وذلك مجهول في المقسم عليه فلا يجوز ولا يبي يوسف رح ان امتناع
 التحالف للهلاك فيقدر بقدره والجواب لا يبي حنيفة رح ان التحالف على خلاف
 القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بغوات البعض
 فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف
 في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من التسمية وهي تعرف بالحرز
 والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ويُنظَن مما ذكرنا
 ان احدا لدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس * وفيه اشارة الى الجواب
 عن مسألة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار
 الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان
 بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح
 ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ
 بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة متجددة فكل جزء
 من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فبتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

بنفي الاحاق بالدلالة * وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد ر ح ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة
اليمن ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى آخرة وانما لم يختلف صفة التحالف عنده
في صورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى
احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما وياً من القاضي المشتري بربا الباقي وقيمة الهالك
والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة
المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف ر ح فمنهم من قال يتحلفان على القائم
لا غير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك * وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله
ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف فكان صادقا وكذا لو حلف
البائع بالله ما باعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما بدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى
البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بيعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم
المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة
تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم يفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
يعني يقسم الثمن الذي اقربه المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما
يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري
نصف الثمن الذي اقربه المشتري وسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم
يجب على المشتري ثلث ما اقربه من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت
قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالفوا

فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك
 والبائع ينكره وطول بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع
 يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد ر
 قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت
 مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین هنا مقصودا
 بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل
 اوردته على كل قوم نحري فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول
 التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وفي ما
 نحن بصدد تحقيق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في المحي
 منهما فظاهر وكذلك في المبت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهالك لم يتعذر
 اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون
 بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد ر حتى قال يضمن المشتري
 قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك
 يوم القبض فلهذا يعتبر قيمته يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين
 واقول الاصل في ما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد
 ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على
 جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم القبض وفي ما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
 العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة
 غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصنة
 من الثمن نظرا الى عدم الانقاسخ وانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانقاسخ * فايهما اقام
 البينة تقبل بينته لانه نورد عواها بالحجة وان اقامها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا

(كتاب الدعوى — باب التحالف *)

ظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك * ثم ذكر المصنف ربح ما هو على قياسه من بيعوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين * وذلك ان كلا من اليمين والبينة يثبتني على امر جازان يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البيئات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك * واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة او هو اعلم بحال نفسه وان تقبل بيئته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مروفي كلامه نظرا لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها يتوجه على احد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو منفرع على المدعي فان توجه اليمين على احد العاقلين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين **قوله** وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف ربح في التحالف وتقربعاته التي ذكرت في مسئله الجامع الصغير **قوله** ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الا قاله حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخاها القاضي لانها كالبيع لا يفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما انبتنا التحالف فيها بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا

فلا يدخل تحته وإنما اثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس
بوافقته على ما مر ولهذا انقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه
في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض
والقيمة على العين في ما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك
غير المشتري العين المباعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة
فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف
عند بقاء العين المشتري لكون النص اذا كان معقود المعنى ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رح لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين
لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قوله**
ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كرحظة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن
لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم
لا يحتمله لكونها اسقاطا للمسلم فيه وهودين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع
فانها يحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عودة الى البائع الا يرى
ان راس مال السلم لو كان عرضا فردة بالعيب يعني قضى القاضي بذلك
وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم فلو كان ذلك في بيع العين
عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس
المال وهو ينكرها ما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط
بالاقالة قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفي ما اذا هلك السلعة ثم اختلفا
فما الفرق لمحمد رح في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب
بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

يجري في البيع لا في الفسخ **قوله** واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نورد عواه بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا فان اقاما فلا يخلوا ما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت النقص وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة ربح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في عدم التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقاءه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قبل التحالف مشروعا في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ اجيب بان موجهه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل وللمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم وقوله **واكن** يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا النقص عنه قال المصنف ربح ذكر التحالف او لائم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلم يقدّم التحالف في

في الوجوه كلها يعني في ما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو اقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهو خمسة وجوه * واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم تكن مهر المثل شاهداً للاحد هما وفي ما عداه فالقول قوله يمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المعبر الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما * واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما ناله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المعبر الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محذور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكماً بخلاف القيمة فانها يعلم بالحرز والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكماً ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجلاً لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم او لا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل او لا فمن شهد له فالقول قوله وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان او لا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون غيرها

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قوله** وان اختلفا في الاجارة في البديل اي الاجرة والمبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نورد عواة بالحجة وان اقامها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجد او لى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينته كل واحد منهما في ما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيتضمن شهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معا وضد يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ يمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ يمين الاجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولاً على الاجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعدة اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة بالتعجيل فهو الاسبق انكاراً فيدأ يمينه وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ يمين الموجد كذلك وايهما نكل ازمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد رح لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا تبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تنقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا عقد بينهما لا نفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد في ما بقي لان العقد ينقذ ساعته

ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف * وأما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لأن المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قوله** وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رح وقالوا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لأنه عقد معاوضة يقبل التفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه أي في الثمن فيشعلمان ولا يبي حنيفة رح أن الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وإنما ينتقل بمقابلته للعتق عند الأداء وهذا لأن البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلا لليد ثم ينتقل بمقابلته للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلاف في قدر البدل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قوله** وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لأن الظاهر أنه هداية وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار وكالمحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لهما قال الإمام الترمذ في إذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فمح لا يكون مثل هذه الأشياء لهما

(كتاب الدعوى — * باب التحالف)

وكذلك اذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة
والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهرا قويا منه
وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح
للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال * ويندفع بهذا ما اذا اختلف
العتار والاسكاف في آلات الاسكفة والعتارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما
نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه
ولم نشاهد استعمال الاسكفة والعتارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء
فجعلناهما نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفقرة
فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان
لان البدل للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل
قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح
للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا
قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهرا قويا لجريان العادة بذلك
فيبطل به ظاهر الزوج وما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت
سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء
فهو للمرأة وما يصلح لهما للرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح
من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الرجل فالقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة
الى الحيوة واما بالنسبة الى المماتة فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث
وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحري في حال الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين * فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة كذلك وللحي منهما بعد الملمات حراً كان او مملوكا * هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الملمات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف رح اختار اختيار العامة واستدل بقوله لا تدل يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا الوا ختصم الحر والمكاتب في شيء في ايد يهما تضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يرجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

* فصل — فيمن لا يكون خصما *

آخر ذكر من لا يكون خصما عن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعداء فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قوله** وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعني فلان الغائب اورثته عندي او غصبته منه او اجرني او اعارني واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان ممحاً الا كما قال ابن شبرمة * ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد رح وكالاول

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

عند أبي حنيفة رح وهذه خمسة أقوال فلهذا القبت المسئلة بخمسة كتاب الدعوى
وقبل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا
ان المدعى عليه اثبت بينه ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت بينه الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم
متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء
على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب عنه ان مقتضى هذه البينة شيان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء
الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل ينتقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة
على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب
كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما
مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنا ولا معتبرا ووجه قول ابن
ابي ليلى ان ذا اليد اقرب بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ
فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهريته وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا
على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في
الشرع لانها لا تثبت اليد الحافظة التي انكرها المدعى الا اثبات الاقرار ووجه قول أبي يوسف رح
ان المحتال من الناس قد يدفع ما احدث من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه
الشهود علانية فيحتال لا بطل حق الغير فاذا اتهمه القاضي بدلا يقبلها وما وجه الفصل الاول
فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله
وجهان * احدهما احتيال ان يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه * والثاني
انه ما اجاله الى معين يمكن المدعى اتباعه فلوان دفع الخصومة لتضرره المدعى واما

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

واما الفصل الثالث فوجه قول محمد رح فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما حاله
 الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا الان المعرفة بالوجه
 ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام انه قال لرجل اتعرف
 فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه * ووجه قول الشيخينة رح
 ان المدعى عليه اثبت بينته ان المعين وصلت اليه من جهة غيرة حيث عرفه الشهود
 بوجهه للعلم بيقين ح ان المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد
 خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف
 خصم المدعى تعريفًا تامًا انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت **قوله** والمدعى
 هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد رح لو اذفعت الخصومة لتضرر المدعى
 ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعى انما الحق من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة
 شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة
 في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعني فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى
 موجود في الخارج واما اذا هلك فلا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت
 قائمة فذواليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيرة فتدفع عنه
 الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى يقع في الدين ومحلة
 الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة
 على ان العين كانت في يده ودعيته لا يتبين ان ذمته كانت لغيرة فلا تتحول عنه الخصومة
قوله وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان
 الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى
 فصببت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذواليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة
 لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صححت الدعوى على غير ذي اليد وفعله

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لا يتردد بين ان يكون له وبغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير ذي اليد وبعدة مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذا اليد البينة على ان فلانا اودعته لم تدفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد بن رح ترفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درء اللحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تدفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فمواجهة الدرء اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين اي المدعي ان ظهر سرقة بعد ذلك بيقين لم يقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقة بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعته فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكها .

* باب ما يدعيه الرجلان *

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين **قوله** وان ادعى اثنان عينا وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة على ذلك قضى بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تها تراثي

أي تسافطتا من الهتريكس والهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه وفي قول يقرع بينهما لأن أحدي البيتين كاذبة يقيين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما أو يصار إلى القرعة لأنه عليه السلام أقرع فيه روى سعيد بن المسيب. أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البيعة فأقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت فرعته ولنا حديث تميم ابن طرفة الطاري أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عليه الصلوة والسلام وأقاما البيعة فقضى به رسول الله عليه السلام بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أن رجلين اختصما بين يديه في شيء وأقاما البيعة فقال ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بغنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت أباحه القمار ثم نسخ بحرمته القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فما رفق ذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فإن صحة أداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قوله** فإن ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين أما أن يكون متعاقبة أولا فإن كان الثاني ولا بيعة لهما فاما أن تقر لأحدهما أولا فإن أقرت فهي امرأته لتصادقهما وإن لم تقر لم تقض لواحد وإن كان ثمة بيعة فمن أقام البيعة فهي امرأته وإن أقرت لغيره لأن البيعة أقوى من الإقرار

(كتاب الدعوى — * باب يدعيه الرجلان *)

وان اقامها فاما ان يكون في بيت احدهما ودخل بها اولافان كان ذلك فهي امرأته لان النقل الى بيته او الدخول به دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينته على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة * وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا * وان لم يذكر اقرار بخالم تنص لواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولنا ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بكلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها ما اذا احتملت ذلك فينسويان لجواز ان الاول طلقها فتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا انما ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عيانا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة * وان كان الاول فاذا تغرد احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الآخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضي له لانه ظهر الخطاء في الاول يمين **قوله** ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف رحمه الله من صاحب اليد احتراز عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نفذه لاستوا ثهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرد هويأخذ كل الثمن فان قيل كذب احد البينتين متيقن لاستحالة توارد

توارد العقد بين علي بن واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة به فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن الاخران يأخذ جميعا لانه صار مقضيا عليه بالنصف وانسخ العقد فيه والعقد متى انسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به اظهر واستحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زادة انه لا خيار له وهو اظهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقتت احدهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخران يكون قبله او بعده فلا يتقضى له بالشك ولو لم يذكر تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه بدل على سبق شراؤه * وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد * فاذا عرفت هذا فقبح القابض وشراء غيره حادثان فيضا فان الى اقرب الاوقات فيحكم بشبوتهما في الحال وقبح القابض مبني على شرائه ومنأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطواب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعى الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان

فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينه ذى اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكرنا لاخر يعني بينة الخارج وقتافذ والبداولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينتقض بها البدلان الصريح يفوق الدلالة **قوله** وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المصنف ر ح معناه من واحد احتراز عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجي وافا ما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا يثبت الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة مع القبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لانسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثانی الحال اذا للزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتصنيف بينهما في ما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا في ما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارو ذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذا للهبة في الشائع فصار كاقامة البنتين على الارتهان * قبل هذا قول ابي حنيفة ر ح اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي

فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح ان لا يصح
 في قولهم جميعا لا بالتقسيم لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى له بالعقد الذي شهد به
 شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بتضاء
 القاضي وتمكن الشروع في الملك المستفاد بالهبة مانع **قولها** واذا ادعى احد هما
 الشراء اذا ادعى احد هما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا
 او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما
 عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه
 بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء اولى
 لان العمل بالبينات مهمما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح
 بطل العمل به لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجز المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها
 لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين
 تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رحمه الله عما قاله
 محمد رحمه الله ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى
 كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى احد هما رهنا وقبضا والاخر هبة
 وقبضا واقاما فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
 لا يثبت فكانت بينة الهبة كثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
 وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع * ولا ترد الهبة بشرط العوض
 فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك
 صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة وان اقام الخارجا البينة
 على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول
 المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله آخر اقول محمد ر ح اولانم
قال محمد ر ح يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر
عن ابي حنيفة ر ح انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك
المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف ر ح يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد ر ح
يقضى لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى
قوله ولو ادعى الشراء من واحد واقامها ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء
قضى به بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبت في وقت لا منازع
له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا
قبل لاتفاوت في ما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين
وانما التفاوت بينهما اذ اوقعت احدهما دون الاخرى على ما سنذكر بعد هذا وقوله معناه
من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون
ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاه رجلان ان
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء من زيد مثلا
والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يشبان الملك لبائعتهما
فيصير كأنهما حضرا وادعاهما تاريخا واحدا ثم يخبر كل واحد منهما لما ذكرنا من قبل
ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقفت
احدهما دون الاخرى قضى به بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم الملك
لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
ولو عيانا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره و

ولتأمل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لامدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان ذلك مدخل في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضره وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددافكما جاز ان يتعاقبا متعاقبين جاز ان يتعامعا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح بنضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق والطلاق الباعه بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكتهم **قوله** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذواليدا ولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد بن ح وعنده انه لا تقبل بينة ذى اليد رجوع اليه محمد بن ح روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذى اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا تقبل من ذى اليد بينة على تاريخه وغيره الا للنتاج لان النتاج دليل على اولى الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما سبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فان

(كتاب الدعوى — *باب ما يدعيه الرجلان*)

من ادعى على ذى اليد عينا وانكر ذاك والبعد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تدفع الخصومة
وقد مر من قبل هذا قبول بينة ذى اليد على ان العين في يده ودعيته حتى تدفع عنه
دعوى المدعى عند اقامة البينة وما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينته
بذكر التاريخ الا قدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي
من قبله فيقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح
لامعبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق
الملك ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج
اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما
ان بينة ذى اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون
اذا تعين التلقي من جهة ههنا وقع الشك في ذلك لان ذكر تاريخ احد لهما لم يحصل
التيقن بان الآخر تلقاه من جهته لا مكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف
ما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام
احدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا
لابي يوسف رح قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع
لا يستقيم لمحمد رح لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز
ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة
احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء يقضى بينهما نصفين عنه ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لان الاطلاق
دعوى اولى الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان

فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولا يبي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولوية فالترجيح بالتيقن ولا يبي حنيفه رح ان التاريخ يصامه اي يزا حمه عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولوية الملك حكما ولا حق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق والمحق فجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التعريف التاريخ حالة الانفراد سابقا لاعتبار **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح ومعناه انهما لما اتفقا على معنى الشراء اتفقا على الحدود ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ **قوله** وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنسبة فذواليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقا فامضى بينة ذى اليد لان الخارج يثبت بها اولوية الملك بالنسبة واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهريده وذواليد لا يثبت بها استحقا الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذى اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولوية بالنسبة كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده واما قبله فظاهر واما بعده فلان ذاليد اعم يصرمقضا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتائج لا ينكر فاذ ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذى اليد انما تترجح على بينة الخارج اذ المدعى بالخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينته لخارج اولى لان ذاليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهريده من وجه وهو اصل الملك والخارج

(كتاب الدعوى — باب ما يدعيه الرجلان *)

يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر اثباتاً فهي أولى قوله وهذا أي ما ذكرنا من القضاء
لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشائخ خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان أنه يتهافت
البينتان ويترك في يد ذي اليد على طريق القضاء لأن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين
لأن نتائج دابة من دابتين غير متصور كسئلة كوفه ومكة ووجه صحة ذلك أن محمد بن حذو
في خارجين أقام البينة على النتائج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان
يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا
في شهادة الفريقين على المملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لإدعاء الشهادة
بناء على أن الشهادة على النتائج ليست بمعينة للانفصال عن الأم بل برؤية التفصيل
بتبع الناقه والغائبة تظهر في التحليف فعند العامة لا يخاف ذواليد للخارج وصنده يستحلف
ولو تلقى كل واحد من الخارج وذو اليد الملك من رجل فكان هناك بائعان وأقام
البينة على النتائج عند من تلقى منه فهو بمنزلة أقامتها على النتائج في يد نفسه فيقضي به
لذي اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثم لصاحب اليد كذلك
ههنا ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتائج فصاحب النتائج أولى خارجاً
كان أو ذا يد لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الآخر إلا بالتلقي من جهته وكذا
إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتائج أولى لما ذكرنا أنها تدل على أولية الملك
فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته ولو قضي بالنتائج لذى اليد ثم أقام الثالث البينة
على النتائج يقضي له إلا أن يعيدها وذو اليد لأن الثالث لم يصير مقضياً عليه بملك القضية
لأن المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بشبوته في حق آخر
فإن أعاد ذو اليد بينة قضي له بها تقديماً للبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتائج وإن لم يعد
قضي به الثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتائج تقبل
وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص في دلالة على الأولية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه

خلافه كالتقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصبر ورته
مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصرم مقضيا عليه لان باقائه البينة على النتائج تبين ان الدافع لبينة
المدعي كان موجودا او القضاء كان خطأ فاني يكون مقضيا عليه فان قبل القضاء ببينة الخارج
مع بينة ذي اليد على النتائج فمجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي
ان لا ينتقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن
اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج
عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول **قوله** وكذلك
النسج في الثياب التي لا ينسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى
ان بينة الخارج اولى في النتائج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس
بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجتها
واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجتها فنقض رسول الله عليه السلام بها للذي هي في يده
فلا يلحق بالنتائج الا ما كان في معناه من كل وجه فما يتكرر من اسباب الملك اذا ادماه
به كان كدعوى النتائج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيد هاو كما اذا ادعى
رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى
جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا بانه صنعه او مرعزي وهي كالصوف تحت شعر العنز وصوفا
مجزوزا بانه ملكه جزء من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام
بينة فانه يقضى بذى اليد لانه في معنى النتائج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر
من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قبل
هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزة او ادعى
دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعا

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

أوجباً من المحبوب وأقام على ذلك بينة وأدعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة
قضي به للخارج لأنها ليست في معنى التاج لتكررها أما الخبز فلما نقلناه وأما في الباقي
فإن البناء يكون مرة بعد مرة أخرى وكذلك الغرس والحنطة والمحبوب يزرع ثم يغربل التراب
فيتم المحبوب ثم يزرع ثانية وإذا لم يكن في معناه لم يلحق به فإن اشكل شيء لا يتيقن
بالتكرار وعدمه فيه يرجع إلى العدول من أهل الخبرة وبينى الحكم عليه قال الله تعالى
فَاسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ فإن اشكل على أهل الخبرة قضي به للخارج
لأن القضاء بينة هو الأصل والعدول كان بخبر التاج لما روينا فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل
قوله وإذا أقام الخارج البينة على الملك وإذا أقام الخارج على الملك وذو اليد
على الشراء منه فذو اليد أولى لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه
ولا تنافي في هذا فصار كما لو اتروا ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وإذا أقام
الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ
معهماتها تروا وتركت في يد ذي اليد قال المصنف رَحِمَهُ اللهُ هذا عندنا ليخفي وببيوسف رحمهما الله
وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ بقضي لهما لا مكان العمل بهما وذلك بأن يجعل كان ذا اليد قد اشتراها
من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ولا ينعكس الأمر
أي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد أو لا ثم باعها إياه لأن ذلك يستلزم البيع
قبل القبض وذلك لا يجوز وإن كان في العقار عدة ولهما أن الأقدام على الشراء اقرار
من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الأقرارين وفيه التهاثر بالاجماع كذا
ههنا ولأن السبب يراد للحكمة وهو الملك يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً
والأفلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق
للخارج لا إذا قضينا بينة ذي اليد أنما يقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب
مفيداً للحكمة بالنسبة إليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على

على نقد الثمن فالألف بالآلاف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون
من كل جانب وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده
فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فينقاص الوجوب
بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تترتاباً بالاجماع لكن على اختلاف التخييم
فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا
الاقرار تها تتر الشهود فكذلك ههنا * وعند محمد رح باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز
لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر
لاحقاً وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقط باقي العين
على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لأن الجمع غير ممكن لأن الجمع عبارة
عن إمكان العمل بهما وههنا لم يمكن وإن وقت البيعتان في العقار وقتين فإما أن يكون
وقت الخارج أسبق أو وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين إما أن يشهدوا بالقبض
أولاً فإن كان وقت الخارج أسبق فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذى اليد عند البيحيقة
وأبي يوسف رحمه الله فيجعل كان الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب
اليد فإنه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل
القبض عنده فبقي على ملكه وإن شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لأنه
يجعل أن الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعاً وإن كان
وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا
أما إذا شهدوا به فلا إشكال وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كان ذى اليد اشتراه وقبض ثم باع
من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه والمصنف رح جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه
ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم إثبات القبض أو سلم ثم وصل إليه بسبب
آخر من عارية أو اجارة باعتبار إثبات القبض **قوله** وإن أقام أحد المدعين شاهدين

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

والآخرا ربعة وان اقام احد المدعين شاهدين والآخرا ربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين حلة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا يترجح بشهر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحدة منهما حلة بنفسها والمنسري يرجع على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدد الدلائلها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل **قوله** وان كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احد هما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة رح ان المدعي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصي له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه * والمدعي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المراحة كمسئلتنا والموصي له باكثر من الثلث * وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة ارباعا * فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق * فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة * اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة * ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله ولانه ليس بسبب صحيح

لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيحول بالشراء الى المبيع * ومما اختلفوا فيه مسئلتا فعلى اصل الحنفية رح سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فام تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة * فنقول مدعى النصف لادعوى لدى النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فجعل اصحاب الجميع ثلاثة ارباع الدار وولد على النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيهما فاما من جزء الاوصاب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعى النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر وادلا لا تحتملها المختصرات قال المصنف رح وقد ذكرناها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد الماذون له المشترك اذا ادعى احد المولى مائة درهم واجنبي مائتي درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى والمدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج **قوله** ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فان كانت الدار في ايديهما فمدعى النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعى الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد

(كتاب الدعوى — *باب ما يدعيه الرجلان*)

وبينة الخارج أولى فقصي له بذلك ونصفها لأعلى وجه القضاء وهو الذي كان بيده
لأن صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قوله** وإذا تنازع في دابة
إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكر آثار البخاوسن
الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة
الحال له فيترجح وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما
أقاما هار ولا تاريخ لهما هذا إذا كانا خارجين وإن كان أحدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة
تاريخه أو أشكل قصي به الذي اليد أما لظهور علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار
التوقيت بالأشكال وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة
المشائخ تهافتت البيتان كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول
الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع فترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك
كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الأصح ما قاله محمد ر ح من الجواب وهو أن يكون
الدابة بينهما في الفصلين يعني في ما إذا كانت سن الدابة مشككة وفي ما إذا كانت على
غير الوقتين في دعوى الخارجين أما إذا كانت مشككة فلا شك فيه وكذلك إن كانت
على غير الوقتين لأن اعتبار ذلك الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتبار إبطال حقهما
فسقط اعتبار ذلك الوقت أصلاً وينظر إلى مقصودهما وهما إثبات الملك في الدابة وقد استويا
في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين * وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وهي
في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاتها على ذى اليد فكيف يترك في يده
مع قيام حجة الاستحقاق * وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد ر ح أنه قال
إذا كان سن الدابة مشككاً يقضى بينهما نصفين وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضى لهما
بشيء وترك في يد ذى اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الأصح وقوله
ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعوى بلا حجة اتفاق

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

واتفاق الفريقين على استحقاقهما على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل واقام رجلان عليه البيعة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

* فصل في التنازع بالأيدي *

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبيعة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظواهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البيعة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازع عا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجاءها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالباً وكذا اذا كان احدهما راكباً في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر وما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولاً واحداً لا استواء في التصرف وكذا اذا تنازع عا في بعير ولا حد هما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازع عا في قميص احدهما لابس والاخر متعلق بكمته فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفاً ولهذا يصير به غاصباً ولو تنازع عا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يد عا على السواء فيترك في ايديهما * وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاهما ساكنها حيث لم يقض بهما بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختطاط فيه عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا يجوز القضاء لغيره

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع 'الأيدي')

لان شرط جواز العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعين ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجّة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجّة فان الحجّة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلوا ما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاه فقال انا حر فاقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انا عبد فلان غير ذى اليد فهو عبد لذى اليد لانه اقربانه لا يدل على نفسه باقراره بالرق قبل الاقرار بالرق من المضار لا محالة واقواله فيها غير موجبة كاطلاق والعناق والهمة والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تنقريده عليه وعند عدما تنقرر فيكون القول ح قوله في رقه كالذى لا يعتقل اذا كان في يده وان كان الثاني فهو عبد للذى في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يدل على نفسه واعترض بان الملتقط اذا ادعى رقا لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذا اصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذوا اليد الا بحجّة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل ترك دليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره **قوله** واذا كان الحائط لرجل واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل بينائه والاخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات يضم

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

يضم ملوثة بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية دروك فهو أي الحائط لصاحب الجدوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجدوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازع فيها ولا حد هما عليها حمل والآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل بينائه مدخله لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد سمي اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجران يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احد هما مركبة في الاخرى واما اذا تقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله الهرادي ليست بشيء يعني قول محمد ر ح في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجدوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستغلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازع عا في حائط ولا حد هما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضى به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لانه يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما جدوع ثلثة فهو بينهما لا يستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجدوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها وان كان جدوع احد هما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة والاخر موضع جدوعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الا جذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر مبني وقد اشار اليه المصنف ر ح وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ماتحت

(كتاب الدعوى — ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي *)

خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجزاء فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما استواءهما في ذاك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ايات كما ذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع اتقبل الاول * واكثرهم على انه يتضى به لصاحب الكثير لان الحائط ينسب لعشرة خشبات لاخشبة واحدة **قوله** والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني ان ذاك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحاجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ووجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاول ان الحائط ينسب لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف رح من جعل الجذعين كجذع واحد وهو قول بعض المشائخ باعتبار ان التسقيف بهما نادرا كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثالث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال والآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع والآخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التبريع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومن رجع شمس الائمة السرخسي ويروي ان الثاني

كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي

الثاني أولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشائخ وهكذا روى عن ابي يوسف رح في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لا ستوا لهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما خراجاً ولا جادون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة والموتب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هده حيث يلغى جانب صاحب الهدب * واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي * وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالا جنبي عنه فالغى * والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكرة الاراضي كثر الاحتياج اليه الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه * واما في الساحة فلا احتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقة حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار **قوله** واذا ادعى رجلان ارضاً ادعى رجلان ارضاً كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انهما ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعد را حصارها لا بد من البينة لانها يثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار ما زعمه في اليد ومن كان

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اُشار الى ذلك بقوله لان اليد حق متصور معنى فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما القيام بالحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشائخنا هذا قول ابي حنيفة ر ح وقال لا يقسم بينهما بناء على مسألة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهم ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقر واعد القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسمها بينهم باقرارهم ويشهدانه انما قسمها بينهم باقرارهم * ومنهم من قال المذكور هنا قول الكل لان القسمة نوعان * قسمة لحق الملك لتمايك المنفعة * وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاجة الى ذلك فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرى كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله * واذا ادعى ارضا صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحد هما قد لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

* باب دعوى النسب *

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكره مقدمه **قوله** واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاء به لافل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من

من سنتين او لما بين المديتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده
او المشتري وحده او ادعى معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد
ادعى البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله تعالى دعوته باطله لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه من انضا
فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعبتها اود برتها قبل ان ابيعها واذ لم تكن الدعوى
صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا
باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم النزاع فنزل
ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها **قوله** ومبنى النسب على الخفاء جواب
عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه
فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العلق والتدبير وصار كالمراة اذا اقامت البينة بعد الخلع
على ان الزوج كان طلقها لئلا اذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه
باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان
ادعى المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا
دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع
دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري * وان ادعى معا يثبت
النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة
التحرير ودعوة الاستيلاء لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع الاولى
قوله وهذه دعوة استيلاء جواب دخل تقريرة كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه
انهاد دعوة استيلاء وهي لا يفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك
بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لا استغناء

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

الولد ح عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري
اولا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق
بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملا
لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا نيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة
العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد فاذا لم تصرام ولده بقي الدعوة
في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك * وان ادعاه المشتري
وحده صح دعوته * وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي
وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري اولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة
البائع فبدلا احتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري
يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام وادله كما في المسئلة الاولى لتصاقهما
واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة
حالة الافراد في ما لا يحتمل العلوق في ملكه ففي ما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة
استيلاء حتى يكون الولد حرا الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه
ممكن * وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي * هذا
اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل
اولا اكثر من اكثرها او ما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا * فدعوة البائع وحده لا يصح
بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه * ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال
كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري * وان ادعياه
معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبد للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة
كان النسب للبائع * وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك
في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه

في وجه واحد فكان المشتري أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا * وان
ادعاه متعاقبا ان سبق المشتري صحته دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوه واحد
منهما بوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قوله** فان مات الولد فادعاه
البائع * الاصل في هذه ان اذا حدث في الولد ما لا يلحقه التمسح يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي
ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فاعاد البائع وقد جاءت به لافل من ستة اشهر لم يثبت
الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك
فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لافل من ستة اشهر
ثبت نسب الولد وحده لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية
من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم
من رسول الله عليه الصلوة والسلام الا يعتقها ولا ان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوه لم يضر فوات التبع ويرد
الثلث كله في قول ابي حنيفة ر ح وقال ترد حصه الولد ولا ترد حصه الام وهذا بناء على
ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
فيضمنها وذكرا لمصنف ر ح رواية الجاهل الصغير اعلا ما بان حكم الاعاق في مانحن
فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرث عليه حصته
من الثمن يقسم الثمن على قيمة الام والولد فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب
الولد سقط عنه عندهما وعند يرد عليه بكل الثمن كما سذكر ولو كان المشتري اعتق
الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكرا لفرق استظهار افانه كان معلوما
من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد
هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول
يعني في ما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوه والاستيلاد في التبع

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يقيمن لان الكلام في ما اذا حبست الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانها كما عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امه من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحققت فانه يعتق بالقيمة وهوتا بت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لايه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امه وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء فيه وفي التبع **قله** وانما كان الاعتاق مانعا بيان لما نعيه عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقص فليس لفعل احدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد اقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صححت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته حرا الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيًا في نقض ما تم من جهته

اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به **قوله** ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذ بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموال النابذ اراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذ بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتل القبض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك **قوله** وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنة يرد عليه بحصته من الثمن هو توليها وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحجوبي انه يرد بما يخص الوالد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع في ما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف رح هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للوالد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلك البائع وقد استهلكه بالدعوة

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

قوله ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقص وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الوالد ورهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العواوض تحتل النقص فتتقضى لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعناق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فاني يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويتان في ان الثابت بهما حق الحرية فابن المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقص وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لامر احم له فلا حاجة الى الثانية **قوله** ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وكرر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الاثني عشر يجوز ان يقال غلامان توأم وتوأمان وقوله وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوبا بخلاف ما اذا كان الولد واحد الان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهذا في مسألة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري تبع الحرية فيه حرية الاصل لا حرية التحرير فضمير لحيته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحيته

لحرية وانما ابدل به اشارة الى سبقها لئلا يتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعناق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولولم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع في ما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونقض بما اذا اشترى الرجل اخدا التوامين وابوه الآخر فادعى احد هما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملك حافدة فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل اقرانه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لاحالا ولا مستقبلا * اما حال اظهار وجود المانع وهو تعلق حق الغير * واما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة رح خلا فلهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقربه لا يثبت وكذا الوهزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبنا بتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاءنة فانه لا يثبت نسبه

من غير الملاعن لا احتمال تكذيب نفسه ولا بي حنيئة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالأقرار به لا يرتد بالرد لان الأقرار به ينضمّن شيئين خروج المقر عن الرجوع في ما اقربه لعدم احتمال النقض كالأقرار بالطلاق والعناق وتعلق حق المقر به بذلك وتكذيب العبد لا يبطل شيئاً منهما * اما الأول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا * واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلو بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اورد ها المصنف رح وذكر الاسبيجاني انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيئة رح خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا ينتهض شاهد سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجرا لولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادا لما محله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنيئة رح فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع الدعوة باقراره بالنسب لغيره **قوله** واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عهدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظرة في ما ذكرنا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام ما لا ادلائل الوجدانية ظاهرة في عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعاً وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من

من مُشْرِكٍ ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الإلْف بالدين مانع قوي الأيرى
 الى كفر آبائه مع دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضائنه ان الذميه احق بولدها المسلم
 ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده وبمكن.
 ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى
 النسب اب لان دعوته لا يحتمل النقص فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على
 المرحمة بالصبيان نظر الها كثره فكانت اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه
 الايرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضائنه لا يلزم رفق فيقطع منها بخلاف
 ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب
 ولو كانت دعوتهم ادعوى النبوة فالمسلم اولى ترجيحاً للاسلام وهو اوفر النظيرين ونوقض بسلام
 نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام
 كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوى الدعوتان في البينة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب
 بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بغراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه
 يثبت حقاً لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعبر بعدم الاب
 المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد وبينه من يثبت حقاً لنفسه اولى وفيه نظر لانه
 اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله عليه السلام البينة
 على المدعي لانه شبه المدعى لكونه يدعى حقاً لنفسه **قوله** واذا ادعت المرأة صبياً
 اذا ادعت المرأة صبياً انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة
 فاذا كانت ذات زوج وصدقها في ما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه
 فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعى
 تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها
 وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالغراش القائم وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

فيل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة
 عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا اذا كان هناك حبل ظاهرا واعتراف من قبل
 الزوج وقال لا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن
 ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على نفسها
 دون غيرها وفي هذا الفرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت
 ذات زوج اولا * والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امر الايمكن اثباته بالبينة
 كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امر ايمكنه اثباته بالبينة لا يقبل
 قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد
 فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لاختفاء فيه فلا يحتاج اليها
 والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا
 لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر بالقول له ايهاا صدقه ثبتت نسبة منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر
قوله ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة واد المغرور
 والمغرور من وطئ امرأة معتمدة على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة
 واد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور
 حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب وهو المشتري الا ان السلف اختلفوا
 في كنيته ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية
 يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال
 علي بن ابي طالب رضي الله عنه عايه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص
 ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية
 بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فجعل الولد حرا الاصل
 في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظر الهمما **قوله** ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع

المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعدد من فكان كولد الموصوبة امانة لا تضمن
 الا بالمنع وتمهيدا لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الوالد لا يضمن الاب قيمته
 لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لاعنه ولا عن بدله لان الارث
 ليس ببديل عنه والمال لا يبدل لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال
 مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل
 في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء
 بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعد موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا
 لو قتله غيره فاخذ ديتة لان سلامة بدله كسلامة نفسه له ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته
 كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع
 والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع اب الولد بثمنه اي بشمن
 المبيع وهو الام لان الغرور شملهما بخلاف العقر لانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء
 منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

* كتاب الاقرار *

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصالح والمضاربة
 والوديعة ظاهرا لتناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره
 لا يخلو اما ان يقرأ وينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصالح قال الله تعالى
وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار
 او بالصالح فامر صاحب المال بما له لا يخلو اما ان يستريح منه او لا فان استريح منه فلا يخلو
 اما ان يستريح بغيره او بنفسه وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي
 ذكرناها هنالك بما قبله وذكره هنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو
 امان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي

(كتاب الاقرار)

حفظه بغيره وهو الوديعه **قوله** واذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه سند كوفي اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقرب له وتوقعه دلالة على صدق المخبر به لان المال محبوب بالطبع فلا يقرب لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله عليه السلام الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والعامدية باعتبارها فانه اذا كان ملزما في ما يندرج بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجته فلما تبين انه ملزم وغير الحججة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة في ما يقرب على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد لما في اصله حينئذ للحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحد ودوا القصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر * ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم اولم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء فيصح ان يقال ليس ببعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة اقراره بالحد ودوا القصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له * وقوله لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحججة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهود بن التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهاون بهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها معه وبخلاف الحد ودوا القصاص لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجنائية والجنائية بناء

(كتاب الاقرار)

بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تنزل بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ما دون ناله لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجها التدا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزمه مجهولا بان التالف ما لا يدري قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه فالقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم به مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاءه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك علي واحد من الف * واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجهول ذالیه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ لصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل واذا بين ماله قيمة مما ثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كسر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعد المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال فلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا اذا قال فصببت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المعضوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر و قيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري في ما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمتع حتى لو بين في حبة حنطة او في نظرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت

(كتاب الاقرار)

مكذبة له في بيانه ولو بين في اقرار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة **قله** ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال فمرجع البيان اليه لكونه المجهول ويقبل قوله في ما بين الا في مادون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي رح هو مثل الاول وقلنا الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيم عند الناس والغنا عظيم عند الناس والغنا بالنصاب لانه يعد صاحب غنيا فلا بد من البيان به * فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا نفى الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثالا وفي الدراهم بمائتي درهم * وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد رح قول ابي حنيفة رح في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عدد اوجب مراعاة المأخذ فيه فارجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية والاصح على قوله ان يبنى على حال المقر في الفقر والغنا فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في ثلثة نصاب من اي نوع سماه اعتبارا لا دنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي رح وقال لان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم

فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة
 وباقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا
 من اخذها وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها
 اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالوا يمكن العمل بها لان في النصاب كثرة
 حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة رح الدراهم مميز يقع تمييز العدد
 واتصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تميزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر
 درهما ومائة و الف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف
 اليه لان العمل بمادل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى
 غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف
 فيه بخلاف المثني الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف
 الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن
 سبعة لكونه معتبرا في الشرع **قوله** ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل
 في استعماله اعتباره بالمفسر فماله نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك
 النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال
 كذا كذا كان كاحد عشرون ثلث بغيره او لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا
 وكذا كان احد او عشرين وان ثلثة بالواو كان مائة واحد او عشرين وان ربع يزداد عليهم الف
 ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي يبنى عن الضمان
 على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله ودبعة صدق ويكون مجازا للايجاب حفظ
 المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف رح
 وفي نسخ المختصر يعني في مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما
 حيث صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل

(كتاب الاقرار)

عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولاً ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل
 لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه
 في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة
 في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو
 الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت
 اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة
 والجمع بينهما غير ممكن واهما لهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى
 على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعاً لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل
 لي عليك الف درهم فقال اتزنها وانتدّها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقراراً بالمدعى
 لان ما خرج جواباً اذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً الى المذكور او لا فكانه اعادة بصرح
 لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن
 الالف النسي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية
 لا يكون اقراراً بعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلاً فكأنه قال اتعد وزاناً للناس
 واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقاد او اتعد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني
 فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء يتلوا الوجوب
 ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلوا الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة
 يعني لو قال تصدقت بها علي او هبتها لي كان اقراراً لانه دعوى التملك وذلك يقتضي
 سابقة الوجوب واذا قال له علي الف درهم الى سنة وقال المقر له بل هي حاله فالقول للمقر له
 لان المقر اقر على نفسه وادعى حقاً لنفسه فيد فلا يصدق كما اذا اقر بعدي يده لغيره وادعى
 الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدهمهم سود فانه يصدق لان
 السواد صفة في الدارهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة و

ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكرو اليمين على من انكروا ان قال له علي مائة
ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع
في تفسير المائة اليه لانه هو المجهول وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة
مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو والعاطفة
وذلك ليس بتفسير لاقتضاء المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه
الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره صقيب
العددين والاستقلال في ما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه
وذلك في ما ثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة
في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب
لا يثبت في الذمة دين الاسلام والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها بقى على
الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجهول الى المجهول لعدم صلاحية العطف
للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة
الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة
اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عدد من مبهمين واعقبهما تفسير اذ الاثواب
لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائيهما
في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا تصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة
صار كعدد واحد **قوله** ومن اقربتم في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر
بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله
غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء التمرا وثوبان في مندبل
او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزمه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق
بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبان من مندبل وطعاما من سفينة

(كتاب الاقرار — *فصل*)

لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرار بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا لاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الاضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب و الا اصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد ر ح يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحمالة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهي الخشبة وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور **قوله** لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد ر ح مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء لكرباس عادة **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منهما موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين والوسط **قوله** لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

* فصل *

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بهامسئلة الخيارات بما للمبسوط **قوله** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فلان فاما ان يبين

ان يبين سببا اولافان بين سببا فاما ان يكون سببا صالحا ولا فان كان صالحا مثل ان يقول
 اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فلا اقرار صحيح لانه بين سببا لوعاينا حكما به فكذلك
 باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به
 في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقبل من ستة اشهر
 من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لا كثيرا من سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا
 جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا اذا جاءت به ميتا فالمال للموصى
 والمورث حتى يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
 بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرا
 وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكور مثل حظ
 الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء
 لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولي عليه
 فان قيل كيف كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل
 ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف
 ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك
 حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة
 الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رج
 وصحة محبذ رج لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب
 العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل
 بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين
 فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا
 تصحيحا لكلام العاقل ولا يبي يوسف رج ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

وايذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتناوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حالة رقه
 فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له
 وجهها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقروا ورث
 الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه
 الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشي
 على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالأقرار صحيح يلزم به ما اقر به لوجود الصيغة المألوفة
 وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للنسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر
 ان كان صادقا بطل بقتله الواقع فلا معتبر باختباره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختباره
 وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتغيره صفة العقد وتغييره بين فسخه وامضائه
 * باب الاستثناء وما في معناه *

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجهه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه
 تغييرا وهو الشرط * والاستثناء استفعال من الشيء وهو الصرف * وهو متصل وهو الاخراج والتكلم
 بالباقي * ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه **قوله** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى
 متصلا باقراره صح استثناءه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة
 اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الادرهما معنى قوله علي تسعة
 لما عرف في الاصول * واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس
 رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى
 اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم
 بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قُمِ اللَّيْلُ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ
 واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الشيء ولا حاصل بعد الكل فيكون
 رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار

الاقرار وبطل الاستثناء هذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ
 فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيارات استثناء الكل من الكل
 انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال
 نسائي طوالت الانساني لا يصح الاستثناء ولو قال الاعمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل
 صح قبل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل
 بعد الثبوت لانه انما صار كضرورة عدم ملكه في ما سواه لا لا م يرجع الى اللفظ فبالنظر الى
 ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناول الصدر والامتناع من خارج بخلاف
 ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثبوت فان قيل هذا ترجيح
 اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي
 الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطبيقات الاربع اصح الاستثناء وقعت طلقان وان كان
 الست لاصحة لهما من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه
 قال انت طالق ثلثا الاربع فكان اعتبارا اولي ولو قال له علي ما تدرهم الدينار او الاقميز
 حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ولزمه ما تدرهم الاقميز او الاقميز خلافا
 لمحمد رح ولو قال له علي ما تدرهم الاثوب لم يصح الاستثناء عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيهما
 في قول محمد والشافعي رحمهما الله يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل
 على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد رح ان الاستثناء
 ما لولا له دخا تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس والشافعي رح
 ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالمية فانتفى المانع بعد تحقق المقضي وهو
 التصرف اللفظي وكلام المصنف رح كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى منه
 والمستثنى شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقررنا شارحون كلامه على انها ليست
 بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة * ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا * ولا بي حنيقة وابي يوسف رحمه الله ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه اجد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على اخص او صافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت ثبتت في الذمة حال او مؤجلا ويجوز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلّي في قلّة التفاوت وما كان ثمنا صالحا مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في خص الاوصاف فصارت بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بشئ اصل ولا لهذا لا يجب ببطلان عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو يدعى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بشئ لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بشئ لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ والقيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قوله** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله تعالى ومن قال لغلان علي ما ثمة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف رح او تعليق كما هو مذهب محمد رح وثمره الخلاف تظهر في ما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف رح لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذ كر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط

شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطال وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون
بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح
وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا امت او اذا جاء رأس
الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل
الى الوقت المذكور حتى او كنه به المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم
قوله ومن اقرب دارة استثنى بناءه لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الابناء هافانه لي
فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناول لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى
من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعها وهذا لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بدقا بل تبدل بتخيير المستثري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف
لفظي وقد تقدم ذلك والفصل في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعه الا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الاثلثها او الايتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل
فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار
لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقرب بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعروة لفلان فهو كما قال لان العروة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لا عائلتها
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين * احدهما ان الاقرار بعد
الدعوى صحيح دون العكس * والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين
يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع

(كتاب الاقرار - * باب الاستثناء وما في معناه *)

فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل
البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المبتوع فكلاهما للمقر له به لان
الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما
فان كان المبتوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع
كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح
وفي الثاني عكسه فصح **قوله** ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشترى به منه ولم يقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان
الاول فهو على وجوه * احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا
ونبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على
المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس مانحن فيه كذلك
فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل * والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتهك وانما بعتهك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره
به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبايى باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال
لك علي الف غصبتك منك وقال لابل استقرضت مني ولا تغاوت في هذا بين ان يكون
العبد في يد المقر او المقر له * والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتهك وفيه لا يلزم المقر شيء
لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا
لاتغاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال
مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتهك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان
المقر يدعي تسليم من صبه والاخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر
ينكره فاذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف

الاف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل او فصل لانه رجوع عما اقربه
 فان اقراره صح رجوعا اليه كلمة علي وانكاره القبض في غير الميعين ينافي الوجوب
 اصلا لان جهالة المبيع متعارضة كانت كالجهاالة حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا
 ثم نسيباه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول
 وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه
 وذلك رجوع ولا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحسهما الله المقر
 اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سبأني
 وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل
 لم يصدق لان اول كلامه موجب وآخره قد يغيره لانه يحتدل انتفاءه على اعتبار
 عدم القبض فكان بيان تغييره هو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان
 اقراره باعه متاعا الى آخرة وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد
قوله وبه لا يتأكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن
 على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع
 في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض
 والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب
 شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون
 لوجود الفاء وعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون
 القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه
 محذوف وتبديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد
 بالقبض كان الطالب مدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ولو قال ابتعت منه وفي بعض
 النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا انه لم اقبضه فالقول قوله بالا جماع لانه

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف رجوع فيه نظرا فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في المبيع **قوله** وكذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الف ولم يتقبل تفسيره عند ابي حنيفة رجوع وصل او فصل اذا لم يصدق له المقر له لانه رجوع لانه اقرب بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالوا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او اقرضني الف او بين انها زيوف او نبهه رجعة وقال المقر له هي جيا لزمه الجيا عند ابي حنيفة رجوعا لان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوفة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف رج فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجيا ولكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلام كان استيفاء لا استبدالاً والستوفة بمجازة لانها تسمى دراهم مجازا فاما مكن ان يتوقف صدر الكلام على عجرة فاذا ذكرهما آخر كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها

الا انها وزن خمسة ولا بي حنيقة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة
عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخل تحت العقد ليكون دعواه بيبا نابل يكون رجوعا
عن بعض موجهه وصار كما اذا قال بعته معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري
لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والاستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد
على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا **قله** وقوله الا انها وزن
خمس جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء
لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كرحنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان
الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاطيان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة
نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انها ضدان دفعا للتحكم آجيب بان
الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل
الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى
مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين
انها جيدة او وسطا ورديئة فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصيح موصولا كان
او مفصولا وعن ابي حنيقة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف
اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض والقرض يوجب رد مثل
المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالحياد
والحياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف * والمراد بالاصول الجامعان والزيادات
والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقبات والهارونيات
والكيسانيات وغير ظاهرها رواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الغيبة
ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشائخ من قال يصدق بالا جماع اذا وصل

لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو
على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الانفاق ينصرف الى العقود لتعينها
مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فنصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال
اغضبته منه الفا او قال اودعني الغنم قال هي زيوف او نبهتة صدق لان
الانسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غضب الجياد
ولا في ايداعها بخلاف الاستقرار لان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع
فبصريح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيادة في الدراهم
عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل
مفصولا ويمكن ان يجاب عنه باننا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها
من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون
متنوعا وعبا والاضابطة في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت
الزيادة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيادة
نوعا منها التباينها لكنها تنافيتها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذ لم يقتضها
كانت نوعا عين لمطلق الدراهم لاحتماله اياها احتمال الجنس الانواع والله اعلم بالصواب

قوله ولهذا ابي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة
بالمعيب كان القول قوله فان الاختلاف متين وقع في صفة المقبوض فالقول للمقبوض
ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي
ستوقه او رصاص موصولا صدق لان الستوقه ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه
يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع
والقرض والغصب انما قال الا انه ينص كذا فان وصل صدق لانه استثناء متدار و قد تقدم

تقدم بيانه ولو كان الخصل ضرورة النقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو العدم امدا من الاحتراز عنه **قوله** ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها بان الغصب لا يختص بالسليم **قوله** ومن قال لا خراخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقبولك اخذت وشبهه او على فعل غيره كما عطيت فان كان الاول واتي بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت ودعته فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني ودعته وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قبل الاعطاء والدفع لا يكون الاقبض، قلنا ممنوع هو قد يكون بالتخليم سائما له لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر **قوله** القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه غيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالا جماع فيكون ذلك دليلا لا بي حقيقته رح وقوله وجه القياس ما يبياه في الوديعه اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره والمقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كنيته اي في كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك الا اني لم اقبض الشئ ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صعه كاللقطه فانها وديعه

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في ما ذكره ان الرد انما وجب في مسئلة الودبعة لانه قال فيها اخذ تها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والاسكان فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمد ارح ذكر في كتاب الاقرار انظر الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه واقرضته الفائم اخذ تها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقربا اقتضاء الدين فقد اقرب قبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقرب قبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكرة اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافتراقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف رح بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخيرة لان المرض بعد الصحة **قوله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقرب في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم ولا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الذليل اذا الغرض فيه المضاف الى

الى محلله وهي الذمة القابلة للحقوق فصارت كانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذ لم يكن عليه دين * وفي هذا التوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستواء
بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض
كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق
بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت
قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة
وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان
ثمة دين الصحة كما تصرف الى ثمن الادوية والاغذية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير
غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمين فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حاله المرض حاله

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله
وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في ما ذكره ان الرد انما وجب
في مسئلة الودبعة لانه قال فيها اخذ تها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة
واختيها اي العارية والاسكان فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع
وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمد ارح ذكر في كتاب
الاقرار انما اخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا
اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم
كانت لي عليه او اقرضته الغائم اخذ تها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له
لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقربا اقتضاء الدين فقد اقرب قبض مثل الدين
لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب
الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما ههنا
يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافتراقا
وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف رح
بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخيرة لان المرض
بعد الصحة **قوله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزم متعديون حال
مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم
معايته واقرب في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها
مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب
معلوم ولا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الامل ان الغرض فيه المضاف الى

الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذ لم يكن عليه دين * وفي هذا التوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستواء
بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض
كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق
بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت
قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة
وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان
ثمه دين الصحة كما صرف الى ثمن الادوية والاغذية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير
غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التمهير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حاله المرض حالة

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذر عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فيفتقران فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لاندلا تهمته في ثبوتها اذ المعايين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يتم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمته في ثبوته في غيره **قوله** ولو اقر بعين في يده لا خرم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يتضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقي فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وتال الشافعي رح سلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه في ما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره **قوله** الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه اوفسخ البيع ورد المبيع اكان يمنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

ذلك فكذاك اذا ارد بدله لان حكم المبدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيتها
وفضل شيء صرف الى ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول
على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد حقا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت
صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال
حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر رضي الله عنه اجيب بان ذلك
في الوصية وما في معناها والاقرار لا جنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه **قوله** ولو اقر المريض لوارثه
لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقربعين او بدين الا ان يصدق فيه بقية
الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهر لحق ثابت لترجم جانب
الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكاه رقبته
وصار كالأقرار لا جنبي وبوارث آخره بوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع
اباه الف درهم بمعينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية
الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض
انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا يرى انه ان كذبنا فمات وجب الضمان ايضا في تركته
لانه مات مجهولاً ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب
لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما
واراد به ماروي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان
احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدق الورثة وبه أخذ علماءنا لان

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا فني تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين وتذكر ما اوردناه بالاقرار بوارث آخر وما اجنباه عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاؤ الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار ببعض الورثة فيها يورث شبهة تهمته تخصيصه والقراءة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه نصم اقراره **قوله** واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الخوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جواز الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا اننا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله مع الاجنبي بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف

النصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محلّ تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فترقا **قوله** ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا وغير مستمر وغير المستمرا اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب اول غيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب اول غيره * وما لغيره فاما ان يكون سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق او لا واما ان يكون اعني غير المستمرا وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففي ما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالا جماع وفي ما كان وارثا مستمرا لا يصح بالا جماع وفي ما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاختيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الورثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا اطلق زوجته في مرضه ثلثا بمرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار لقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فثبت وفي ما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل الاقرار خلافا لفررح اعتبار الحالة الاقرار لانه يوجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها فلها الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحajib وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج * وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل * والفرق ان المستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفي ما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار

(كتاب الأقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

عند أبي يوسف روح وجاز عند محمد روح وهو القياس لأنها تترتب بسبب حادث بعد الأقرار فلا يؤثر في ما قبله فيما ليس بمستند كما إذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات *
 ووجه قول أبي يوسف روح وهو الاستحسان أن الأقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فإذا وجد سبب الورثة عند الأقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الورثة عند الأقرار لأن التهمة لم تكن متقرة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الأقرار
 * فصل *

ذكر الأقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الأقرار بالمال لقلته * والصحة الأقرار بالولد ثلث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب إذا لو كان لا يمنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقربة في اقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما صرح في باب دعوى النسب ولا يمنع الأقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الأقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراؤه بهؤلاء في حال الصحة والمرض لأنه اقرب ما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحمدي أن اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاق قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بيناه أنه اقرار بما يلزمه الخ وقال في المبسوط واقرار

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالآب والزوج ومولى العناقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه بحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى أدعوهم لأبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ الغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة * شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجية بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعايين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون المرأة كناية فلم يعتبر قائما باعتبارها **قوله** ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى
 الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوى الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث
 من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه منه لم يترحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق
 المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والا ول اقرار على غيره
 وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم
 الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له وبقيته كلامه لا يحتاج
 الى بيان **قوله** ومن مات ابوه فاقرباؤه لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار
 على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور
 عن ابي حنيفة رحمه الله وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك
 المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
 والا شراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رح
 اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوة المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده
 وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في
 حصته وبطل في حصة الاخ * ولا يبي حنيفة رح ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
 والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالمالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قوله** ومن مات
 وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا احدهما ان اباه
 قبض منها خمسين لاشيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرناه من الاقرار على نفسه
 وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم
 ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على
 الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار
 الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوة استغرق

(كتاب الصلح)

استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعرض بان
صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب
ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثه.
لم يبق على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه
زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر
حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية
الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح
هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الد ورو ذلك لانه لو رجع المقر
على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اياه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين
بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ورجع الغريم
على المقر لاقراره بدين على المبت مقدم على الميراث فيؤدي الى الد ورو لقائل
ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره
ظالم وهو في ما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره
والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

* كتاب الصلح *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعیده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة *
وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة * وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه
في التقرير * وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسياأتي تفصيله * وركنه الايجاب
مطلقا والقبول في ما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح
على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه

(كتاب الصلح)

لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طالب البيع من غيره ومن طلب
 البيع من غيره فقال ذلك الغير بيعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت * وحكمته تملك
 المدعي المصالح عليه منكر ان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه
 ان كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره ان كان مقرا * وان كان منكرا فحكمه
 وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك اولا * وانواعه بحسب
 احوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية
 على ما سنذكر * وجواز ثابت بالكتاب والسنة **قوله** الصلح على ثلاثة اشرب الحصر على هذه
 الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو
 عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك
 جائز لقوله تعالى والصلح خير وانه باطلا لانه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين
 في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب
 بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا
 صلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله
 والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل
 منعذران الصلح بعد اليمين و صلح المودع و صلح من ادعى قد فاعلى آخر و صلح من ادعى
 على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادلى وهو الصلح عن الاقرار اجيب
 بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع مانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله
 عليه السلام كل صلح جائز في ما بين المسلمين الا صلح احل حراما او حرم حلالا وقال
 الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك باطل
 غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه
 رشوة وهي حرام ولنا ما نلوه من قوله تعالى والصلح خير واول ما روينا من الحديث وهو

وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل اخره اهل حراما لعينه كالخمر
او حرم خلا لا لعينه كالصلح على ان لا يبطأ الضرر ولا يتسرى والحمل على ذلك واجب
لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح
على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى
تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعي عليه منه
قبله وحل بعده وعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى
صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقتضي بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع
اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان
المدعي يأخذ في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعي عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذا مال وقاية النفس ودفع الظلم
عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لانسلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله الراشي
والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في
امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حني اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع
الرشوة لدفع الضرر من نفسه فجائز لدافع وتماه في احكام القرآن للرازي فان قيل
فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر ونصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا
قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه
لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي ان في زعمه
انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس **قوله**
فان وقع الصلح من اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بنراضيهما في حق
المتعاقدين **فجري** فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده

(كتاب الصلح)

جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط وهذا ليس
 على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره وهو أن الصلح باعتبار بدليته على أربعة
 أوجه أما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة وأما أن يكون
 من مجهول على مجهول فإن لم يحتج فيه إلى التسليم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل
 وادعى المدعي عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعوى جاز
 وإن احتج إليه وقد اصطالحا على أن يدفع إحداهما مالا ولم يبينه على أن يترك
 الآخر دعواه وعلى أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز وأما أن يكون عن مجهول على معلوم
 وقد احتج فيه إلى التسليم كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطالحا
 على أن يعطيه المدعي مالا معلوماً ليسلم المدعي عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز
 وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه
 جاز وأما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج إلى التسليم لا يجوز وإن لم يحتج إليه
 جاز * والأصل في ذلك كعدان الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة
 فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم
 البديل شرط لكونه في معنى البيع وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى
 الاجارة وهو تملك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها
 بعقد الصلح فإذا صلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز وإن قال أبداً أو حتى
 يموت لا يجوز فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع بمعنى والكفالة
 بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها
 ويطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالاجارة وأما إذا وقع الصلح عن العكوف والانكار
 كان في حق المدعي عليه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا
 أن المدعي يأخذ عوضاً في زعمه فإن قبل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصرف بأخرى تقابلها

تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حثهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ
 في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته
 والتحريم الموبد في امها وهذا اي كونه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر
 واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجمود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
 مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تدريغ الذمة وهو الاصل **قوله** واذا صالح
 عن دار اذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه
 يستبقى الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرأ
 يؤخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعى يأخذها
 عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه
 فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر وان اصابه عن اقرار واستحق بعض المصالح
 عنه رجع المدعى عليه على المدعى بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار
 معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار
 فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه
 ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر
 الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه
 فيسترده كالمكحول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين
 ثم ادعى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه وفوقه بما اذا
 ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار
 ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال
 في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
 مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك

(كتاب الصلح)

لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعى فهو في خبره في دعواه فكان الدفع باختباره ولم يظهر
 عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح منه رد المدعى
 حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه
 عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فليخلوا العوض
 في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار
 رجوع بكل المصالح منه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع
 بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجوع بحصته اعتبار البعض بالكل وان كان الصلح
 عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بمعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل
 فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح اما اذا اجري كما اذا ادعى دارا
 وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار
 ثم استحققت فان المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اتمام المدعى عليه
 على البيع اقرار منه بالحق للمدعى اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم
 البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
 الى المدعى فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار
 والانكار فان كان عن اقرار رجوع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجوع بالدعوى
قوله وان ادعى حقاني دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع
 فلا نعيد ها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان
 ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ
 عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه
 لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية وجهه ان الابراء لاقي عينا
 ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذه العين صح

(كتاب الصلح — * فصل *)

صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وفيد بقله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم عن دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة معنى حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى ان يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا ومنفعة قال المصنف رحم والوجه فيه اى الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد الامرين اما ان يزيد رهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه في ما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو الصحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون البراءة اشارة الى انه لو قال ابرأ منك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك * والفرق بينهما ان ابرأ منك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأ منك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر

* فصل *

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشروطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا كان اوصل بسكنى دارة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان

(كتاب الصلح — فصل — *)

في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح من جنابة العمد او الخطاء صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتل اتباع المصالح بيدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح من جنابة القتل العمد * واما المعنى الآخر وهو المروي عن عمرو بن عباس رضي الله عنهما فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافي غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهر اقل ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح **قوله** وهو بمنزلة النكاح اشارة الى ان قرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل النسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومه صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك اجدالم يجوز لانه لم يصلح صداقا لجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم الا يرى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوحا عليه بقوله تعالى وان تبغوا باموالكم

بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما
 والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله
 إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أي لكن
 إذا فسد التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فإن كان الأول
 كما إذا صلح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ما رضي بسقوط
 حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا يتحمله
 العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صلح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه
 لما لم يسم ما لا متقوما صار ذكره والسكوت منه سيات ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه
 لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين أي في فصل
 تسمية المال المجهول وفصل الخمر لأنه الموجب الأصلي في النكاح ويجب مع السكوت
 عنه كما قال الله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَوْضِعَهَا أَصُولُ الْفَقْه * وتحقيقه
 أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال فإذا لم يكن المسمى صالحا صار
 كما لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته
 وجوب المال فإنه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحا
 والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصيح أن وجوبه ليس
 من ضروراته ويدخل في إطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد
 الجناية في النفس ومادونها وهذا أي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق
 الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق أن يتسلك وذلك ليس بحق في المحل
 قبل التملك فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة
 حرام أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ
 العوض مما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا وإذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لأنه تبطل

(كتاب الصلح — * فصل *)

بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز ومن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء بالكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال غيران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهي رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود * وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يستطع مجانا واما الثاني وهو جنائية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا والاول اما ان يكون منفردا او منضمما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح فان كان منضمما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطاء ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز لصاحب الخطاء الدية وما بقي لصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولا آخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جاز بالزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افترا قاص

(كتاب الصلح — * فصل *)

عن دين الدية بدلين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقدار الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتل على اكثر من مائتي بقرة جازلان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقدار بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقدار بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا **قوله** ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شاربا خمرا واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال لترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام * واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو يدها انه ابنه منها وجد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك * وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غيرنا فنصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين * وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح مع الامام على درهم لترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا الوباغ شيئا من بيت المال طمحا وحده القذف داخل في جواب الحد ودلان المذهب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفو ولا يورث بخلاف القصاص **قوله** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا ابناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العتود اليه شبهها واذا جحدت

(كتاب الصلح — * فصول *)

النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطئ الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينه بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكاً على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جازوا في بعضها لم يجز * وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها * ووجه الثاني انه بذل لها التترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها البقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمه شيء يقابل له العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل بمنزلة لا مكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذاك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه ادفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال ففيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبداً له اي للعبد المأذون له رجلا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جازا جارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى فصارك لا جنبي اي صار العبد كالا جنبي في حق نفسه لان

لان نفسه مال المولى والاجنبى اذا صالح عن مال مولا بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا
 اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق
 كالزاتل عن ملكه فصار كانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح
 كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا
 لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا او صالح عن نفسه
 جاز واجيب بان المكاتب حريداً واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه
 وكسبه لمولاه ثم صالح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لمولى القتل ان يقتله بعد الصلح
 لانه لما صالح فقد عفا عنه ببذل له فصح العفو ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر الى
 ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفاً وان لم يصح في حق المولى فصار كانه
 صلحه على بدل مؤجل يؤخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل
 ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا **قوله** ومن غصب ثوباً يهودياً يهود قوم من اهل
 الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكرة إشارة الى كونه معلوم
 القيمة فكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذا لك فعلى هذا من غصب قيمياً معلوم القيمة
 فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة رح وقال لا يبطل
 الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالباً * وقيد
 بالقيمي احترازاً عن المثلي فان الصلح عن كرحنطة على دراهم او دنانير جائز
 بالاجماع سواء كانتا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعياً بينهما
 لم يلزم الكالى بالكالى * وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع
 من لزوم النوبة عندهما * وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على
 اكثر من قيمته بالاجماع * وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة
 حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع * والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة

(كتاب الصلح — * فصل *)

عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند أبي حنيفة ربح وعندهما بمقابلة
 قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدرهم والدنانير فالزيادة عليها
 بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صلح على عرض لان الزيادة لا تظهر
 عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
 فلا يظهر فيه الزيادة ولا بي حنيفة ربح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على
 ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين
 كان العبد هالكا على صاحبه حتى كان الكفن عليه ولو كان آتيا نعاذ من ابا قد كان مملوكا له
 واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد
 ولا ربوا بين العبد والدرهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب
 رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب فانما
 تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريا لا يصار اليه
 الا عند العجز فاذا صلح على شيء كان البديل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر
 الفضل ليكون ربوا وفي كلام المصنف ربح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل
 المثلّي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا
 انتفع المثلّي فبحي يصار اليها ويحكم ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلّي
 اذا انتفع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالتضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر
 كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
 ونوقض بما لو صلح على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا
 عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع
 وبما لو صلح من الدية على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب
 المستهلك لا يوقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صلح على

(كتاب الصلح — * باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

على ذلك حالا جاز وبأن البديل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجد لحمله على الاعتياض
عن المقتول وعورض دليل ايمحيفة رح بانه لو باع المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك
من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة الثائم حكما جاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال
حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه
استقاطا وصحة لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة **قوله** واذا كان العبد بين رجلين الى آخرة
ظاهر والمراد بالنص ما صرح في العتاق من قوله عليه السلام من اعتق شتصا من عبيده
وبين شريكه قوم عليه نصيب شريك فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبدان كان معسرا والمدا علم

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

لما كان تصرف المبرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح
لان الانسان في العمل لغيره متبرع **قوله** ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي ممن وكل في رواية المصنف وروى
غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للوكيل اي على الموكل
كما في قوله تعالى **وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا** اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهرة على ان الوكيل
لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة
قال المصنف رح وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العبد او كان الصلح عن بعض
ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيدسفيروه عبر افلا ضمان عليه كالتوكيل بالنكاح
الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون
الموكل وذكره في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب
النهاية ما معناه انه لا بد لتاويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات
على الانكهار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح على الانكار

(كتاب الصلح — * باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازة
مع الخصم قل وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح رجل عنه بغير امره فهو
 على اربعة اوجه * ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال
 ضمان نفسه او لا فالاول هو الوجه الاول * والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه او لا
 فالاول هو الوجه الثاني * والثاني اما ان سلم المال المذكور او لا فالاول هو الوجه الثالث *
 والثاني هو الرابع * ولكن يرد وجهان آخران وهوان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة
 امام عرفنا او منكرنا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر
 وبقي وجهها حكم المعرف ولكن عرف به وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر
 فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر اما
 وجه الاول فانه اذا صالح بمال وضمن ثم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس
 الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان السقاط
 يتلشى ومثله لا يختص باحد فصالح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضافته الى نفسه
 كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال فيكون متبرعا على المدعى عليه
 لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون
 لهذا المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان
 المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق
 الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق
 في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا
 اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لاشيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما
 اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا في ذمته بما ادعى الا ان
 شراء الدين من غير من عليه الدين تمليك من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين)

بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتربا لنفسه اذا كان
 بغير امره لان شراء الشيء من مالكة صحيح وان كان في يد غيره فوجه الوجوه الباقية المذكور
 في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فاعقد موقوف اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم هو بمنزلة
 قوله صالحني على الفتي يتخذ على المصالح والتوقف في ما اذا قل صالح فلانا على الف درهم
 من دواك على فلان فان فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل
 وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح
 * باب الصلح في الدين *

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو
 دعوى الدين لان الخصوص ابدى يكون بعد العموم **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح
 بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد المدائنة لم يحمل
 الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي * وقيد بعقد المدائنة
 وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف
 درهم جواد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف
 العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لانضائه الى الربوا فجعل
 اسقاط للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف
 مؤجلة صح ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع
 الدراهم بمثلها نسبية وهو ربوا فانه لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها
 على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فيحمل على التأخير
 فتعين جعله معاوضة ان التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين
 الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبية فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة
 فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا

(كتاب الصلح --- * باب الصلح في الدين)

بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسبة لا محالة فيكون
 خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصحة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك
 اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما عنها
 عن ذلك ثم سأل فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا الان حرمة ربوا النساء ليست
 الاشبهة بمبادلة المال بالاجل فحقيقة ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه
 على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز * والاصل ان المستوفي اذا كان ادون
 من حقه فهو اسقاط كذا في العكس واذا كان ازيد قد راا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة
 غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف
 وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبهرجة فصالحه على الف درهم بخبة نقد بيت
 المال فهو جود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله وبخلاف
 ما اذا صلح على قدر الدين وهو جود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة الا انه
 يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كما مسئلة
 الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد
 والردي في ذلك سواء يدايد ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
 حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدرهم الامائة ان كانت
 حالة واسقاطا لذلك وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحح للعقد اولان معنى الاسقاط
 فبدل الزم لان مبنى الصلح على الخطيئة والخط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى
 المعاوضة **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم حالة فقال
 ادالي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل
 فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي
 فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد عليه الالف كما كان في قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله و

وقال أبو يوسف رَح لا يعود عليه الألف لأنه ابراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيد به إلا جعل أداء
 خمس مائة عوضاً حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والأداء لا يصلح عوضاً لأن حد المعاوضة
 أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجزئ
 وجوده أي وجود جعل الأداء عوضاً مجزئاً عدمه فبقي الأبراء مطلقاً وهو لا يعود
 كما إذا بدأ بالبراء بان قال ابراءك عن خمس مائة من الألف على أن تؤدي غداً
 خمس مائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمتيد بالشرط يفوت بفواته أي عند فواته
 فإن انتفاء الشرط ليس علته لا انتفاء المشرط وعندنا لكنه عند انتفاءه فانت لبقائه على عدم
 الأصلي وموضع أصول الفقه * وإنما قلنا أنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمس مائة في الغد
 وأنه يصلح غرضاً حدراً فلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطاً من حيث
 المعنى وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
 فيه فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
 فيحتمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة أي سلمنا أنه لا يصح
 أن يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط وقوله وإنه متعارف
 معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن كلمة على المشرط لأحد المعنيين أما لوجود المقابلة وأما
 لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً بالبراء الباقي والمعروف
 عرفاً كالمشروط شرط انصاف كما لو قال إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا **قوله** والبراء مما يتقيد بالشرط
 وإن كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الأبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كئيل
 إذا أديت أو متين أديت إلي خمس مائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد
 بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً ووجهه أنهما متغايران لفظاً ومعنى أما لفظاً فهو
 أن التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما
 معني فلان في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عريضة أن يزول إن لم يوجد الشرط

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين *)

وفي التعليق به الحكم غير ثابت وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط * والفقه في ذلك ان في البراء معنى الاسقاط والتدليك * اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص * واما الثاني فلانه يرد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق العتاق والطلاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يتحمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن منه حرف شرط وليس في مانحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته **قوله** كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحبيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحبيل عليه مفلسا عاد الدين اليه ذممة المحبيل **قوله** وسيخرج البدائة بالبراء وعدب الجواب عما قال ابو يوسف ر ح كما اذا بدأ بالبراء وانما تاملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق البراء باداء البعض لا يخلو ما ان بدأ بالاداء اولا فان بدأ به فلا يخلو ما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكر فهو الوجه الاول * وان ذكره فهو الوجه الثاني * وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالبراء اولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث * وان لم يبدأ فلا يخلو ما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فهو الوجه الرابع * وان بدأ فهو الوجه الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم البراء حصل مطلقا ثم يذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان غوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيده به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتاً ظهراً ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجباً في مطلق
الازمان فلا يصح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التنفيذ فلم يبق الا جهة العوض
وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابرء لا يحتمله فلا يكون
صحياً ومن قال لا آخر لا اقربك بما لك علي حتى تؤخره عني او تحطه عني بعضه
فتعل اي آخر او حطّ جاز عليه اي نفذ هذا التصرف علي رب الدين فلا يتمكن من المطالبة
في الحال ان آخر وأبدأ ان حطّ لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال
هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا
بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة ان اقال ذلك سراً فاما اذا
قال علانية يؤخذ المقرر بجميعه

* فصل في الدين المشترك *

اخبر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قوله** فاذا كان الدين
بين شريكين اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه علي ثوب فشريكه
بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض
واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئاً فلصاحبه ان يشاركه
في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين از داد خير بالقبض ان مالقة
الدين باعتبار حاكمة القبض وهذه الزيادة راجعة الي اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره
وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمره والولد
لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمره
بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض
فيه باق علي ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وينفذ تصرفه فيه وبضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحقق كمن مبيع صفقة واحدة وثمان مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مسنهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر منه نصيبه بخمسمائة وكتبنا عليه صدكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد النك * قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يتراد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساوى في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه في ما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفوا بعمل المصنف رح انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته * ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان الصلح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشتركه في ما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقى على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قوله** ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملاي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المما كسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان

كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك

لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض لما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بها هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاينا في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تمنع في العقود واذ اظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لم تزل في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصلح شيء حتى تقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه املا ينتقل ماله عليه فانه خاف باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة رضي بالنسليم ليعلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحتال عليه مغلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقرب ذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء من او اهما اذا العكس يسلمتزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه انلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرة من درهما فابرا احد الشريكين عن نصف نصيبه كان المطالبة له بالخمسة والساكت بالعشرة ولو ابرأه عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح خلاه لهما

(كتاب الصالح -- * باب الصالح في الدين * فصل في الدين المشترك)

قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد ر ح مع قول ابي يوسف ر ح وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف ر ح قد اطلع على رواية محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله و ابي يوسف ر ح اعتبر التأخير لكونه ابراء موقفا بالابراء المطلق و لا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احد هما بالحلول و الآخر بالتأجيل و قسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة و ذلك لا يتميز بعضه عن بعض و لقائل ان يقول بتأخير البعض هل يتميز احد النصيبين عن الآخر و لا فان تميز بطل قولكم و ذلك لا يتميز بعضه عن بعض و ان لم يتميز بطل قولكم لامتنياز احد النصيبين عن الآخر بكذا و كذا و الجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجب في ما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتنياز احد النصيبين لاستلزام التأخير الامتنياز فان قيل فقد جوز ابراء احد هما عن نصيبه و ذكر الابرء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوب و بعضه لا في ما يستحيل فيه ذلك و اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين و ليس ذلك في صورة الابرء بموجود فلا قسمة لايقال لو كان القسمة امرا وجوديا يلزم ما ذكرتم و انما هي رفع الاشتراك والاتحاد و ما يثبت قسمة ذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراد احد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الاخر و ذلك يقتضي وجودهما لا محالة و ارتفاع الشركة من لوازمه و الاعتبار للموضوعات الاصلية و لو غصب احد هما عينا منه و اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين و هو آخر الدينين فيصير قضاء الاول و كذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا و سكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه و قد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها و كذا الا حراق عند محمد ر ح خلافا لابي يوسف ر ح و صورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحترق و هو

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع * لمحمد ر ح ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قابضا نصيبه بطريق المقاصد فيجعل المحرق مقتضيا * ولا يبي يوسف ر ح انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك البضع وانه ليس بمال منقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف ر ح انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء الاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه * قيل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطاء يرجع عليه واطلقه في الايضاح فقال ولو شججه موضحة فصالحه على حصة لم يلزم اشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وارى انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء **قوله** واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلا في كرحنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس المال وينسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز فكان المقبوض من راس المال مشترك بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال ابو يوسف ر ح جاز اعتبار ابناء المديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه طعن بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما اذا اشترى عبدا قال احدهما في نصيبه بجماع ان هذا الصلح اقاله وفسخ لعقد السلم ولا يبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان * احدهما انه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

لو جاز فاما ان اجاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزمه
 قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم
 بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لتناول بعض نصيبه **قوله** بخلاف شراء العين
 جواب عن قياس ابي يوسف راجع المنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء
 العين فاننا اذا اخترنا فيه الشق الاول من التردد لم يلزم المخذور المذکور فيه في السلم
 وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف راجع بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم
 فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احد هما برفع
 والثاني انه لو جاز الصلح لشارك في المقبوض من راس المال لان الصنف واحد وهي
 مشتركة بينهما واذا شارك فيه يرجع المصالح على من عليه بالتقدير الذي قبضه الشريك
 حيث لم يسلم لذلك التقدير وقد كان سافطيا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا
 المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فان شارك صاحبه في النصف
 رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بان المخذول الدين
 واخذة بوزن بتقدير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة
 صاحبه لان الديون تقضى بما لها في السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد
 السبب قالوا اي المناخرون من مشائخنا هذا الاختلاف بين علما ئنا انما هو اذا اخطأ
 راس المال وعقد السلم * واما اذا لم يخطأ فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا
 وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قائم بهما فلم ينفرد احد هما برفعه ولا فرق
 في ذلك بين ان يكون راس المال مخطوطا رغبة وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز
 وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشارك في المقبوض لان ذلك باعتبار
 مشاركتهم في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل واحد منهما بما يخصه من راس المال
 ومنشأ اختلاف المأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس المال او هلى

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في التخرج)

واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءً فصالحوها على نصف ذلك وهو
 جزء من اربعة وستين جزءً واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الغا ولم يفسر ذلك
 في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه
 ذهبا او بالعكس جازلانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض
 في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها
 في يده يكتفى بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
 والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبضا امانة او قبضا ضمان تاب
 احد هما مناب الآخر اما اذا اختلفا لمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان
 الذي في يده بقيتها مقرافانه لا بد من تجديد القبض وهو لا ينتهاء الى مكان يتمكن
 من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير
 ذلك فصالحوه على احد التقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
 ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه واقل اولا يعلم مقدار نصيبه
 بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض
 وبعض الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة
 ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض في ما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه
 صرف في هذا التقدير وتبطلان الصلح على مثل نصيبه واقل من الدراهم حالة التصادق
 اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها
 من المهر والميراث جازلان المدفوع اليها حينئذ لقطع المازعة ولا فتداء اليمين وليس
 في ذلك ربوا او كان بدل الصلح عرضا جازما لقل او كثر وجد التقابض في المجلس
 اولاولو كانت في التركة دراهم ودنانير وبطل الصلح كذلك جاز الصلح كيف ما كان
 صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع ولكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قوله

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في التخرج)

قوله واذا كان في التركة دين على الناس واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صلح من الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تملك الدين من غير من عليه الدين وهو حصه المصالح واما في العين فلا اتحاد الصفقة والحملة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلته الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصالح على المكيل والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربو وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذوا قل ففيه شبهة الشبهة وايسر باعتبار ولو كانت التركة غير المكيل او الموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير ذلك قبل لا يجوز لكونه بيعا اذا لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمنفصلة الى النزاع لقيام المصالح عند في يد بقية الورثة فماتمه احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لا احتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرا او غيره نفى الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي

(كتاب المضاربة)

ان يصالحوا مالهم بقضوا دينه لتقدم حاجة المبت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال
 البخاري انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك
 الوارث اذا من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قبضائه ووجه القياس
 ان التركة لا يخلو عن ثليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة والله اعلم

* كتاب المضاربة *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
 في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى
 وَأَخْرَجُوا يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ * وفي الاصطلاح دفع المال الى
 من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرط * ومشروعيتهما للحاجة اليها فان الناس
 بين غني بالمال وغني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليدي خالي اليد
 عن المال فكان في مشروعيتهما انتظام مصلحة الزكي والغني والفقير والغني * وفي الحقيقة
 راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهي تعلق البقاء المقدر بتعاطيها * وركنها
 استعمال الناظر تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة
 او اخذ هذا المال او اعدل به على ان مارزق الله فكذا * وشروطها نوعان صحيحة وهي
 ما يبطل العقد بغواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك * وحكمها
 الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام بيان ان ثبوتها بالسنة
 والاجماع فانه عليه السلام بعث والناس يباشرونه فقرره على ما روي ان عباس بن عبد المطلب
 رضي الله عنه كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا
 ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فاستحسنه وتقرير النبي عليه السلام امر ايعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به
 اصحابه رضي الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا **قوله** ثم المد فوع الى المضارب امانة في يده

يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البذل
 كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة
 ومع ذلك فهو وكيل فيد لانه يتصرف فيه بامر مالكه فان اربح فهو شريك فيه لتملكه جزء
 من المال بعمله وهو شائع في شركته واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل
 لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة
 اذا فسدت ويجب اجر الممثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا
 لوجود التعدي منه على مال غيره **قوله** المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على
 الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة في ماذا فسرة
 المصنف رح بقوله ومراعاة الشركة في الربح اي لا في رأس المال مع الربح لان رأس المال
 لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب
 ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتهاها لان المضاربة عقد
 على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
 ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو
 ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله او فلسا
 رائجة عند محمد رح وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا
 وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل
 واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء او الاجارة بالزاي وكل منهما
 يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لا بخلاف
 الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبط مالي على فلان واعمل به
 مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة وبخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك
 لي فانه لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخييع اما عند ابي حنيفة رح فلان

(كتاب المضاربة)

هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب
الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمرة أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره
وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري للمشتري كان
رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عند هاتين فان التوكيل يصح ولكن
يقع الملك في المشتري لا ما مر في مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قوله** ومن شرطها
أن يكون الربح بينهما مشاعاً ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعاً معناه أن لا يستحق
أحد هاتين ربحاً مسماً لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنا في لشرط
جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة
عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا أي
وجوب أجر المثل لأنه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منفعته عوضاً ولم ينله لفساد العقد
ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه
فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجوز
بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف ربح قليل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة
المشروطة لأن ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد ربح يجب بالغاما بلغ
كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجبر وأجرة الأجير
تجب بتسليم المنافع كما في أجبر الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منفعته أو بتسليم العمل
كما في الأجير المشترك وقد وجد ذلك وعن أبي يوسف ربح أنه لا يجب له شيء إذا
لم يربح اعتباراً بالمضاربة الصحيحة فإن فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً مع أنها فوق الفاسدة
يعني الفاسدة الأولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي
فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وأجيب بأن الفاسد
إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة انعقاد

تعتقد شركة لا اجارة والفاسدة تعتقد اجارة نعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند انفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله في ما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين * احدهما الاعتبار بالصحيحة * والثاني ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غير فلا يضمن كاجير الواحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الواحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك الوقت لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجراً مستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الواحد ان يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني رح وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة رح وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال الامام الاسي جابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الدل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما تصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان يكون اميناً وله ولاية جعله اميناً * ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بما رجلى فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان يدفع المضارب دارة الى رب المال ليتمكنها واراضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد باختلال مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتفسد الشروط كاشتراط الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على

(كتاب المضاربة)

رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجي
 فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد هائي
 المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعلوم
 صحيح لجواز ان يقال زيد المعلوم ليس يصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على
 رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قوله** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب
 لا بد ان يكون راس المال مسلما الى المضارب ولا يذلل رب المال فيه بتصرف او عمل
 لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال
 في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف
 فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعدل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
 لاحدهما انتفى الشركة وشرط العدل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب
 من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقدا كالصغير اذا دفع
 وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عدل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع
 التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريك العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل
 صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا اذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما
 ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال اولافان كان الاول كالا والوصي اذا دفع مال
 الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جاز لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير
 مضاربة فكانا كالا جنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان
 الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه
 ثابتة فينزل منزلة المالك في ما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من صحة
 المضاربة **قوله** واذا صححت المضاربة مطلقة المراد بها مطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان
 نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا

فقد اونسبته ويشترى ما بداله من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل
 الا بالتجارة فالعقد باطلا له ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا
 الى المقصود فيوكل ويضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من
 صنيعهم ولفظ المضاربة مشتقة من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك
 وعن ابي يوسف ر ح انه ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة ر ح انه ان دفع اليه في بلد
 المضارب ليس له ان يسافر لانه تعرض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه
 في غير بلدة له ان يسافر الى بلدة لانه هو المراد في الغالب اذا الانسان لا يستديم الغربة
 مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه
 وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز
 للمضارب ان يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء
 لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن المأذون لعمدة وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة
 للمستأجر والاعارة للمستعير في ما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما تجانسها
 وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة او الاو والوكالة ثانيا وليس للمودع
 والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن التناقض
 مسجى في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهم ادونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض
 فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعديم في ما هو من صنيع التجار
 وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدق فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح
 لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشر كفو والخلط بمال نفسه فمن
 صنيعهم فيجوز له ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت
 المضاربة من صنيعهم والمقصود هو الربح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي
 ان يترجح على جهة عدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح

(كتاب المضاربة)

غيرها بها كما عرف وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق الثقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر و رده الى بلدة الذي عينه سقط الضمان كما لو دعي المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديداً جيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم تنزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانهما زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفسه الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المراد وود المشتري في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعة لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً للبعض المال انتفاء حكم المضاربة في ما بقي وفيه نظر لان الصفة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفریق الصفة موضوع اذا استلزم ضرراً ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف ربح والصحيح ان بالشراء يتمم الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر

للتقرر لا اصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال علي ان يشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصروع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح
بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالتحجير والولاية اليه ونوقض
بما لو قال علي ان تبيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني
على اصل وهو ان التقييد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك اغو والمفيد من وجه دون وجه متبع
عند النهي الصريح واغو عند السكوت عنه * فالاول كال تخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم * والثاني
كصورة النقض فان البيع نقدا بشئ كان عن النسيئة خير ليس الافكان التقييد مضرا *
واما الثالث فكان النهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اما كن مختلفة
حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحنظ على المودع في محلة ليس له ان يحنظ في غيرها
وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصروع تباين اطرافه
جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايداء في السلم بان يكون في المصروع لم يبين المحلة فاعتبرناه
حالة التصريح بالنهي لولاية التحجير ولم نعتبر عند السكوت عنه **قوله** ومعنى التخصيص
ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقدر الكلام ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا
وكذا اي بهذه الفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل
وجملة ذلك ثمانية * ستة منها تيد التخصيص * واثنان منها يعتبر مشورة والتسليم لتمييز ما يفيد
التخصيص عما لا يفيد وهو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به
ويصلح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا
بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان
كذا او قال خذنه تعمل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف رح احتملها او قال
فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف رحمه الله
لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء به حيث لا يصلح

(كتاب المضاربة)

ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغير هذا وهو واضح لكنه يصلح جعله متعلّقاً بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطاً اذا المنع منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير بقوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الغاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذ به بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاف وتقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ماصفاً بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو به فقد عتب ما يصلح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاماً مبتدأً فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله ادالي الفاوانت حراً جيب بعدم صلاحيته لذلك وهنا لان العمل انما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ ولو قال خذ مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالاً في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره **قوله** وهذا هو المراد عرفاً لا في ما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج عن الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بعينه مع

مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك
 أن وقت للمضاربة معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتيقيد بالنوع والمكان **قوله**
 وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال ليس للمضارب أن يشتري
 من يعتق على رب المال للمضاربة أو غيرها كالمحلول بعته لأن العقد وضع لتحقيق الربح
 وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعته والعقد
 لا يتحقق فيه وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً
 أن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار
 التصرف ليس بدقصور في الوكالة حتى لو كان مقصود الوكيل وتيمد بقوله اشترى عبداً أبعده
 فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً ولهذا أي ويكون هذا العقد وضع لتحقيق الربح
 لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه
 لتحقيق الربح بخلاف البيع الفاسد لأن بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل
 أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى
 وجد نفذ على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف وقوله متى وجد نفذ إذا احتراز
 عن الصبي والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولي والمولى ثم أن كان
 نقد الثمن من مال المضاربة فيتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع
 البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة
 ديناً عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل أما أن يكون في المال ربح أولاً
 فإن كان لم يجزله أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز
 بيعه لكونه مستحقاً عند البيع فترجح أن يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزئ
 الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفى المصوّة لو أن شراهم من مال المضاربة ضمن لأنه يصير
 مشترياً للعبد لنفسه فيضمن أن كان نقد الثمن من مال المضاربة وإن لم يكن في المال

ربح جازان يشترى بهم لا انتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة فيه فإذا ازدادت قيمتهم
 بعد الشراء عتق نصيبه منهم ملكه بعض قريبه ولم يضمن الرب المال شيئاً لان ازدياد القيمة
 وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح امر حكسي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره
 كالمرأة اشترت ابن زوجها فباعت وتركت زوجها واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن
 لاختيها شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال
 وحصه رب المال من الربح لانه احتبست ماله عند العبد فيسعى العبد فيه كما
 في الوراثة **قوله** وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف
 فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الف افاد عاه ثم بلغت قيمة الغلام
 الف وخمس مائة والمدعي موسر وان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين
 وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي
 ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان
 الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسراً
 ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر اصد ورهامن اهلها في محلها
 حملاً على الغراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها عنه فوطئها فعلق منه لكنه
 أي الادعاء لم يتخذ لغرض وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام
 مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعياناً كل واحد منهما يساوي راس المال
 كما لو اشترى بالف المضاربة عبد بين كل واحد منهما يساوي الف فانه لا يظهر الربح
 وان لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء
 واعترض بوجهين * احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فيبقى كذلك
 وتعين ان يكون الولد كله ربحاً * والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين
 كل واحد منهما يساوي الف كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب

واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المضارحة لانها راس المال فان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المضارحة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى اذ لك من الآخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة فاذا اعتبر اجملة حصل البعض ربعا بخلاف العبد بين فانهما لا يتسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حياله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة ربح قول واحد او عندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة * واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار راس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تغد لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وامامنا نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقرب بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف اليه آخرهما وجود اصله مسئلة السفينة والقدرح المسكرو ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعناق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعناق فان شاء استسعى لا احتباس ما ليته عند نفسه وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح ويستسعه في الف ومائتين وخمسين لان الف مستحق براس المال وخمس مائة ربح والربح بينهما فلذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل التجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجنب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والتجارية ليست من ذلك فكان تعيين

(كتاب المضاربة — * باب المضارب يضارب *)

الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس وفيه نظر لاننا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهران الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها يجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعابل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته فانه يضمن شريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا يصنع له فيه ولم يذكر المصنف رح العقرو هو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

باب المضارب يضارب *

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفرد اختلف علما وثاني موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف رح وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر رح لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه اياهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفان عمل ضمن والا فلا ولا بحقيقة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعد

وبعد ابطاع والاعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لا شراك الغير في مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتيهما جميعا لم يضمنه الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة به الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما تجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح وهو مائة مثلا والثاني نصفه **قوله** ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول من قال من المشائخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة ربح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يتبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته

(كتاب المضاربة — * باب المضارب يضارب * فصل)

في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خيب لانه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق **قوله** فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح * وانما قال يطيب لهما ذلك اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسادس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيء فقد باشر العقدين الا يرى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور ان لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه *

* فصل *

لما كان المضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال وان اشترط المضارب لرب المال ثلث الربح واعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز وقوله واعبد رب المال في مقابلته شيء ان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب في ما نحن فيه حكمه عبد رب المال فيجوز ان يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وضارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الغزل والقسمة)

معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا * اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة ربح لا يصح الشرط والمشرط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة ربح اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشرط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرطا ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرط سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان مأذونا له فاشترط العمل اذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشترط عمله ما نعام من التسليم والتخلى بين رب المال والمضارب بخلاف اشترط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقدا لما ذون له الى آخره ظاهر

* فصل في الغزل والقسمة *

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في العزل والقسمة)

المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قوله** وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع الثمن إليه قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبانه لو كان توكيلا لا ينزل إذا عزل رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه إذا الحق رب المال بدار الحرب مرتد أثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي وإذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني إذا لم يعد مسلما وأما إذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كالمومات حقيقة وأما قبل الحوق فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان يتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لأن له عبارة صحيحة لأن صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلافا لما يلحقه من العهدة في ما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة رح لأن حكم العهدة يتوقف برده لأنه لو لم يمتد تقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله

حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قوله** وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنع العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينضى اي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقد افعيل فان عزله ورأس المال دراهم اردنا نير فقد نصت فلم يجزله ان يتصرف فيهما لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح اظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف رح هذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب لانه ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض **قوله** وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عدل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تناوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقدر ببح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجبر واجره الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل منبرع والمتبرع لا يجبر على ابقاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه **قوله** لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بان لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة
فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهما اشتغالهما على النقل وإنما فسر به ذلك
لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا
سائر الوكالات يعني أن الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالافتضاء وأما البياع
والسمسار وهو الذي يعمل للغير ببيعاً وشرى فإنهما يجبران على التقاضي لأنهما يعملان
بالأجرة عادة وإذا وصل إليه أجره أجبر على اتمام عمله واستيجارة قلما يخلو عن فساد
لأنه إذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة
البايع على بيعه وقد لا يسأله وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع
جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له أجر فيكون وكيلاً معبئاً له
ثم إذا فرغ من عمله عوضه بأجر المثل هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
قوله وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الأصل في هذا أن الربح لا يتبين
قبل وصول رأس المال إلى ربه قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم
له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه
أو قال عليه السلام فرائضه ولأن رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول
الأصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان
عليه لأنه أمين وإن اقتسما تراداً لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما عدل رأس
المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً وإن هلك بطلت القسمة وتبين

أن المقسوم رأس المال

* فصل في ما يفعله المضارب *

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للأنباء
تنبها على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة **قوله** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

صنيع التجار يتناول اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشرين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما لحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكرهها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجارية فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد رح انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة * والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخرا الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخرا الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لا انتهاء وكالته واما عند ابي يوسف رح فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثلة على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر * ثم ذكر الاصل في ما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف رح تزويج الامة
لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط الثقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه
كسب فصار كالا عتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة **قوله** فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به
رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلا فالزفر رح قال رب المال تصرف في مال نفسه
بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مسترد المال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء
ولما ان الواجب هو التخليه وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب ولان يوكل ورب المال
صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال
اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردا بخلاف ما اذا شرط العمل عليه ابتداء
لانه يمنع التخليه فان قيل رب المال لا يصلح وكيل لان الوكيل من يعمل في مال غيره
 ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في مال نفسه اجيب بان رب المال بعد التخليه صار
كالا اجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب
بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال له فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع
واقائل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخليه كالا اجنبي او لا فان كان الاول جازت
المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب
انه صار كالا اجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع
وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه
فان التوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل
رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام المصنف رح بوجه اختصاص
الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين

(كتاب المضاربة — *باب المضارب* فصل في ما يفعله المضارب)

بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وفيه بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره ربا ع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عروضا لا يكون نقضا لان النقص الصريح اذا كان رأس المال عروضا لم يعمل فهذا اولى **قوله** واذا عمل المضارب في المهر فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب الثقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب الثقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء الثقة في المال الذي يعمل به الا ان اتركناه في ما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلوا انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للثقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانه انتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من الثقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنقتله في مال المضاربة لان خروجه اذا كان لها الثقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تهيئة المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والذهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ما شبا في حوائجه بعد من الصعاليك

(كتاب المضاربة — باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

ويقال معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب **قوله** وإذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا اتفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملاً ليكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرط فان باع المضارب المتاع بعد ما اتفق مرا بحة حسب ما اتفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والتصار والصباغ ولا يحتسب ما اتفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل لدا عمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيد القول وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالاحمرة الا السواد عند ابي حنيفة رح لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرا بحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فزاد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالاً منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب ان يضمن كالغاصب بل تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر)

في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصيف اختلط ماله بمال المضارب
فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن * وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا
بهذا الفعل او غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب
كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه
استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك الله اعلم

* فصل آخر *

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قوله** فان كان
معه الف ماذكرة المصنف ربح واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للمبايع
بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالضمون على المضاربة والربح بينهما
على ما شرطوا ضمان المضارب للمبايع بسبب هلاكه مانع عنها * وتحقيقه ماذكرة فخر الاسلام
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باه بالعين ظهرت
حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع
الثلثين له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثلثين كان غرم الربع على المضارب
وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثلثين ملك ربع الجارية
لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب
امين فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا ما غرم لانه يحصل
ان يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا بنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف
صار ربع الثلثين للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلثة آلاف فذلك على المضاربة
لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يصح ما يضمن بل يلحق برأس المال ولذا كان
كفه لك كان رأس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين **قوله**
وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغائر المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الانه

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر)

مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة عدم اثني عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به الفا لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المراجعة فاعتبر انل الثمنين وهو خمس مائة لثبوتها من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالظن الى ان يبيع ماله بماله **قوله** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل السيد رجلا خطاء كان الدفع والغداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع الغداء على رب المال وربعة على المضارب لان الغداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربح ان كان العبد قريبا والف وهو رأس المال وقيد العين بالوحدة احتراز عما اذا كانت عينية فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة امانة نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلتقضاء القاضي بانقسام الغداء عليهما فاندبض من انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالغداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع اللان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والغداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع الغداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الزائل فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد يبي البائع رجوع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن ديناه وهو عامل لرب المال فيستوجب

(كتاب المضاربة - باب المضارب * فصل في الاختلاف 7)

قوله وان كان مع المضارب الفان اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار الربح
رأس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دعت الي الفان ربحت الف وقال
رب المال لابل دعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة ربح يقول او لا
القول قول رب المال وهو قول زفر ربح لان المضارب يدعي الشراكة وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
والقول في ذلك قول القابض ضميناً كان كالمغصب او اميناً كالمودع لكونه اعرف بمقدار
المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال
رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط
نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان اماني رأس
المال فلما صر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستعان من جهة
رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا
انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى
من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات
للاثبات واذا كان الاختلاف في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة
لفلان بالنصف وقد ربحت الف وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه
تقويم عمله بمقابل الربح او شرطاً من جهته بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او ودعة فالقول لرب المال
والبينة المضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على
عدم احتمال ان يكون مضارباً في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب
لانه تثبت التملك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب
لاتفاهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الاختلاف)

فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مسـ
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو ما نقوي
منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى
الى ان يسقط عند العهدة برحيل الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه
قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا
لان الوكالة بحاجات الضمان كالغاصب اذا وكله المصوب منه ببيع المصوب فانه يصير
وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصوب وجب الضمان ولم يعتبر
امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز
ان يعتبر اجمعا وليس في مانحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته
لاثبات حكمين متنافيين وادعصب الغاصب المصوب منه الغاصب وجعل رأس المال
المصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق
دفعاً للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم
الوقوع ويمكن ان يجاب عن بان مقصود المصنف رحمه الله دفع استحالة اجتماعهما وما كونه
مستوفيا ثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ يرجع عليه
بالف اخرى اعلالا ما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا هون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره
بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله لو غصب الغاصب الى آخره لم يثبت رواية
تخرج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل
اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه

* فصل في الاختلاف *

اخر هذا الفصل مما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين الد

(كتاب المضاربة م * باب المضارب * فصل - ا في الاختلاف)

لرب المال وان اقامها لانهما تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكرون وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذاك نهيا له عن العموم وله ان ينهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصافه بها اولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التاجر فلولا لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص فان كان له واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبيينة بينة المضارب قال المصنف رح لاحتجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البيينة واعتراض عليه بان البيينة للاثبات لا للنفي وبان الاخير يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البيينة واجيب بان اقامة البيينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بيينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احد لهما دون الاخرى فالبيينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل بيينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

* خاتمة الطبع *

قد طبع بعون الله ذي الكفاية والهداية * الجزء الثالث من كتاب العناية بسنة الف ومائتين
اربعين من هجرة سيد الانام علي بن صاحبها .
الذي بالايام * نهار سابعة عشر من شهر شعبان * للعلامة الحقير * الشيخ
الهمام اكمل الملك والدين * محمد بن محمد بن احمد الحنفى ربي سنة ستة
وثمانين * افاض الله عليه سجال الرحمة والغفران وبوابة دار الجنان * بتصحيح زيد
الهمام * وقدوة الفضلاء الكرام * الحافظ الحاج الحلال الشهير * العالم المتورع المولوي
احمد كبير * وافضل العلماء الراسخين صاحب التحقيق الخفي والجليل * الفاضل المديق
المولوي فتح علي * والعالم المحقق النبيد * المولوي محمد وجيه * وفخر المديقين المولوي
محمد بشير الدين * ونزى الطبع السليم * والرأي المستقيم * المولوي محمد كليم * والفاضل الذي
هو بالتبجيل احق * المولوي محمد نور الحق * ضامف الله حسناتهم * وافاض على العالمين
بركاتهم * باهتمام المتجلي بالزرين * والمتخلي عن الشين * المنشي بابورام دهن سين *
على يد رتب الساذقين في الصناعة الفائق على الاقران * المنشي چاند خان *
* في دار الحكومة كلكتة *

To: www.al-mostafa.com